A paper prepared for the

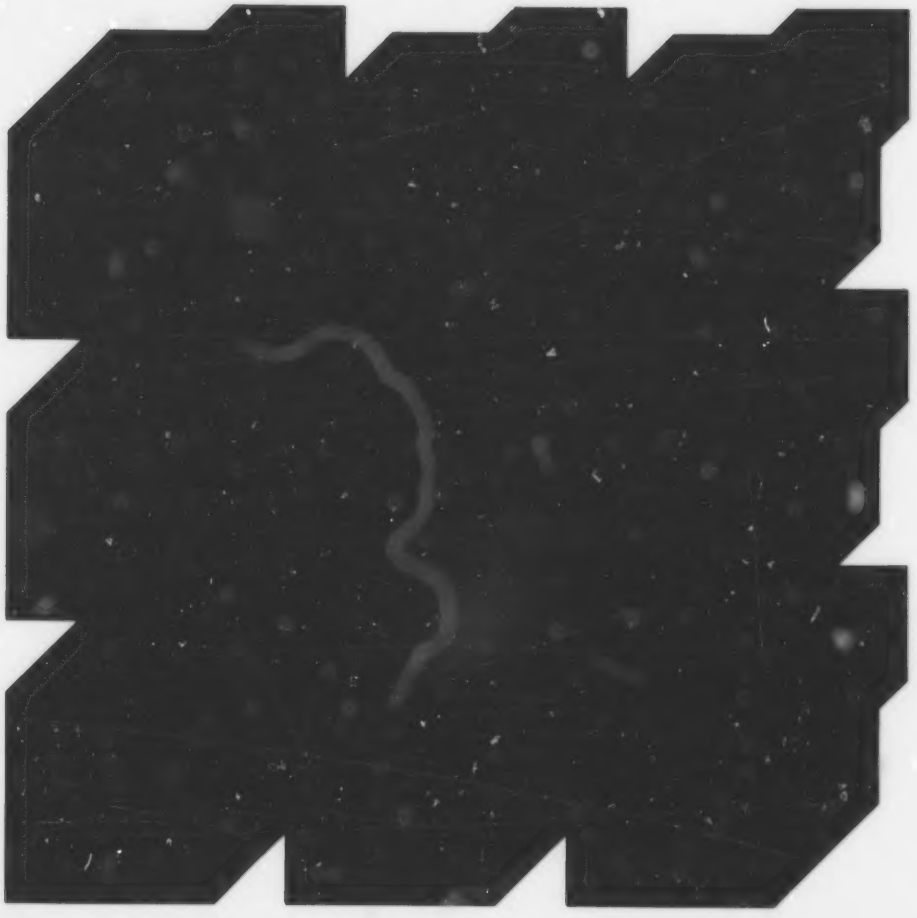
Economic Council of Canada

P.O. Box 527
Ottawa, Ontario
K1P 5V6

Un document préparé pour le

Conseil économique du Canada

C.P. 527
Ottawa (Ontario)
K1P 5V6



The **Economic Council of Canada** was established in 1963 by Act of Parliament. The Council is a crown corporation consisting of a Chairman, two Directors and not more than twenty-five Members appointed by the Governor in Council.

The Council is an independent advisory body with broad terms of reference to study, advise and report on a very wide range of matters relating to Canada's economic development. The Council is empowered to conduct studies and inquiries on its own initiative, or if directed to do so by the Minister, and to report on these activities. The Council is required to publish annually a review of medium- and long-term economic prospects and problems. In addition it may publish such other studies and reports as it sees fit.

The Chairman is the Chief Executive Officer of the Council and has supervision over and direction of the work and staff of the Council. The expenses of the Council are paid out of money appropriated by Parliament for the purpose.

The Council as a corporate body bears final responsibility for the *Annual Review*, and for certain other reports which are clearly designated as *Council Reports*. The Council also publishes *Research Studies*, *Discussion Papers* and *Conference Proceedings* which are clearly attributed to individual authors rather than the Council as a whole. While the Council establishes general policy regarding such studies, it is the Chairman of the Council who bears final responsibility for the decision to publish authored research studies, discussion papers and conference proceedings under the imprint of the Council. The Chairman, in reaching a judgment on the competence and relevance of each author-attributed study or paper, is advised by the two Directors. In addition, for *authored Research Studies* the Chairman and the two Directors weigh the views of expert outside readers who report in confidence on the quality of the work. Publication of an author-attributed study or paper signifies that it is deemed a competent treatment worthy of public consideration, but does not imply endorsement of conclusions or recommendations by either the Chairman or Council members.

Établi en 1963 par une Loi du Parlement, le **Conseil économique du Canada** est une corporation de la Couronne composée d'un président, de deux directeurs et d'au plus vingt-cinq autres membres, qui sont nommés par le gouverneur en conseil.

Le Conseil est un organisme consultatif indépendant dont le mandat lui enjoint de faire des études, donner des avis et dresser des rapports concernant une grande variété de questions rattachées au développement économique du Canada. Le Conseil est autorisé à entreprendre des études et des enquêtes, de sa propre initiative ou à la demande du Ministre, et à faire rapport de ses activités. Chaque année, il doit préparer et faire publier un exposé sur les perspectives et les problèmes économiques à long et à moyen termes. Il peut aussi faire publier les études et les rapports dont la publication lui semble opportune.

Le président est le directeur général du Conseil; il en surveille les travaux et en dirige le personnel. Les montants requis pour acquitter les dépenses du Conseil sont prélevés sur les crédits que le Parlement vote à cette fin.

En tant que personne morale, le Conseil assume l'entière responsabilité des *Exposés annuels*, ainsi que de certains autres rapports qui sont clairement désignés comme étant des *Rapports du Conseil*. Figurent également au nombre des publications du Conseil, les *Études*, *Documents* et *Comptes rendus de colloques*, qui sont explicitement *attribués à des auteurs particuliers* plutôt qu'au Conseil lui-même. Celui-ci établit une politique générale touchant ces textes, mais c'est au président qu'il incombe de prendre la décision finale de faire publier, sous les auspices du Conseil économique du Canada, les ouvrages à nom d'auteur tels que les études, documents et rapports de colloques. Pour se prononcer sur la qualité, l'exactitude et l'objectivité d'une étude ou d'un document attribué à son auteur, le président est conseillé par les deux directeurs. De plus, dans le cas des *études à nom d'auteur*, le président et les deux directeurs sollicitent l'avis de lecteurs extérieurs spécialisés, qui font un rapport confidentiel sur la qualité de ces ouvrages. Le fait de publier une étude ou un document à nom d'auteur ne signifie pas que le président ou les membres du Conseil souscrivent aux conclusions ou recommandations contenues dans l'ouvrage, mais plutôt que l'analyse est jugée d'une qualité suffisante pour être portée à l'attention du public.

90-06652/

DOCUMENT n° 367

Enjeux des propositions récentes de réforme de la Loi sur la faillite

de

B.-M. Papillon

Les résultats contenus dans ce "Document" demeurent l'entière responsabilité de l'auteur (des auteurs) et, en tant que tels, n'ont pas reçu l'adhésion des membres du Conseil économique du Canada.

La série "Documents" contient des documents de travail dont le Conseil fait une diffusion restreinte, dans leur version d'origine, en vue de susciter des commentaires de la part de spécialistes.

Discussion Papers are working documents made available by the Council, in limited number and in the language of preparation, to interested individuals for the benefit of their professionàl comments.

Toute demande de permission pour reproduire ce document, en tout ou en partie, doit être adressée au :

Directeur des publications
Conseil économique du Canada
Case postale 527
Ottawa (Ontario)
K1P 5V6

ISSN-0225-8021

mars 1990

RÉSUMÉ

Ce rapport présente une critique des propositions récentes de réforme de la loi sur la faillite. La loi sur la faillite est premièrement inscrite parmi les politiques visant à faciliter les échanges et à offrir un cadre à l'ajustement au sein de l'économie; ceci fournit une première base d'interprétation. Après une description sommaire des parties de la loi plus particulièrement touchées par les propositions récentes de réforme, le rapport présente un survol critique des objectifs de la loi et des réformes, tels qu'énoncés par les législateurs. À cette fin, le rapport retrace brièvement les origines de la loi actuelle. À toutes fins pratiques, la loi actuelle remonte au projet de loi adopté en 1949, qui, lui-même, répétait dans ses grandes lignes la loi de 1919.

Les arguments présentés dans les débats entourant les propositions récentes de réforme sont surtout de nature redistributive, prônant un traitement plus favorable pour un groupe ou l'autre de créanciers. À partir du rôle de la loi comme politique-cadre pour l'ajustement et les échanges, le rapport déduit trois critères d'évaluation de la loi et des propositions de réforme. L'application de ces critères ne supportent pas l'institution, dans les termes proposés, d'un fonds de protection des employés d'entreprises en faillite. Certaines modifications mineures au programme d'assurance-chômage pourraient rencontrer le même objectif de protection tout en mettant davantage à contribution les employés dans la gestion efficace des actifs des entreprises en difficultés.

Le comportement des créanciers garantis en relation avec l'utilisation des procédures de réorganisation inscrites dans la loi actuel constitue l'autre élément majeur des projets récents de réforme. Au risque d'alourdir l'utilisation des procédures de réorganisation, les mesures proposées visent à inscrire dans la loi une réglementation des créanciers garantis. L'application des critères d'évaluation introduits précédemment recommande plutôt de préserver la simplicité de ces procédures et de fonder la priorité parmi les prêteurs sur une règle du 'first in first out' tenant explicitement compte de la spécialisation des tâches entre, d'une part, les intermédiaires financiers chargés de canaliser l'épargne vers les projets ayant le plus de valeur, et, d'autre part, les fournisseurs chargés d'offrir les biens et services répondant le mieux aux besoins de leur clientèle. L'application des mêmes critères recommande que les créances de la Couronne aient une priorité absolue.

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos		**v**
Remerciements		**vii**
1	**Introduction**	**1**
	Proposition récente de réforme	5
2	**Description sommaire de la Loi concernant la faillite**	**7**
3	**Objectifs des réformes et rôle de la Loi**	**13**
	Objectifs proposés dans les débats entourant la Loi	13
	Critères opérationnels d'évaluation	18
4	**Protection des employés-créanciers**	**23**
	La créance comme instrument d'échange	24
	Proposition de réforme	29
	Évaluation de la proposition relativement à un fonds de protection	30
5	**Ordre de priorité**	**39**
	Observations sur les pratiques courantes	39
	L'entreprise comme lieu d'association et d'échange	42
	Propositions de réforme	52
	Évaluation et alternative	57
6	**Conclusion**	**77**
Notes aux chapitres		**79**
Bibliographie		**83**

AVANT-PROPOS

Les causes de faillite d'entreprises peuvent être nombreuses: mauvaise gestion, ralentissement de l'économie, hausse inattendue des coûts, etc. En outre, à mesure que les besoins changent et que l'innovation technologique crée de nouvelles possibilités, certaines entreprises au sein de l'économie gagnent de la valeur alors que d'autres en perdent. Au delà de cette variété de causes, une entreprise insolvable, candidate à la faillite, se caractérise par son inaptitude à attirer suffisamment de ressources pour rencontrer des obligations courantes. La loi sur la faillite offre un cadre à la gestion des actifs d'une telle entreprise.

Les propositions récentes de réforme de la loi sur la faillite au Canada s'incrivent dans une longue série de tentatives de refonte de la loi au cours des vingt dernières années. Au cours de cette période, la perception des défaillances dans la loi a changé de même que l'approche pour réformer cette dernière. En s'appuyant sur le rôle de la loi et de ses fondements au Canada, le présent rapport présente une critique des propositions récentes de réforme et explore certaines alternatives.

Ce rapport a été préparé par Benoît-Mario Papillon, qui est économiste au Conseil. Le rapport fait partie des travaux entrepris pour le rapport du Conseil sur les *Politiques d'adaptation dans le secteur manufacturier*. Le contenu de ce rapport demeure l'entière responsabilité de l'auteur et, en tant que tel, n'a pas reçu l'adhésion des membres du Conseil économique du Canada.

Judith Maxwell
Présidente

REMERCIEMENTS

Ce court rapport fait partie des résultats d'une recherche qui a bénéficié du support du Conseil économique du Canada en deux occasions. Dans le contexte du projet « Explorations sur le thème de l'ajustement » dirigé par Robert Jenness, la loi sur la faillite a pu être intégrée à une analyse théorique du processus d'adaptation et ainsi un cadre a pu être établi pour l'analyse et la collecte de données.

Dans le contexte du projet « L'adaptation dans le secteur manufacturier » dirigé par Paul K. Gorecki, différents éléments ont été mis en place: survol de la litérature, survol des débats publics ayant entouré les différents projets de réforme, enquête dans les dossiers de faillite d'entreprises du secteur manufacturier, rédaction d'un brouillon de synthèse. L'enquête a porté sur un échantillon d'entreprises au Canada. Les données pour le Québec et l'Ontario ont été récoltées par Bradley Rolf; les données pour la Colombie-Britannique ont été récoltées par Karyn MacCrimmon; pour les autres régions canadiennes, nous avons bénéficié de la collaboration des séquestres officiels des bureaux du Surintendant des faillites.

Les commentaires de Jean-Pierre Voyer sur différents textes préliminaires nous ont aidé à traduire les résultats de la recherche en une critique constructive du plus récent projet de réforme. David Miller, qui a traduit à l'anglais la version originale du rapport, a proposé certains changements.

1 INTRODUCTION

Le souci de faciliter les échanges fait partie de l'agenda du gouvernement en matière économique. Par exemple le support du gouvernement canadien à l'investissement massif dans le développement ferroviaire, au tournant du siècle, allait permettre l'accès à de vastes régions et leur mise en valeur via l'échange de leurs produits agricoles pour des produits manufacturiers et divers services sur les marchés urbains de l'est et les marchés internationaux. La participation active du gouvernement canadien à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et la mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange relèvent du même souci de faciliter les échanges en réduisant les barrières au commerce.

Faciliter les échanges ou aider à la réalisation des gains à l'échange s'inscrit dans un contexte de spécialisation des tâches tant au niveau des individus qu'au niveau des entreprises. Avec l'évolution des besoins et les innovations techniques, de nouvelles possibilités d'échange et de nouvelles tâches sont créées régulièrement. Mais du même coup d'autres tâches perdent de leur valeur et deviennent périmées. En d'autres mots, la réalisation des gains à l'échange nécessite des réaffectations nombreuses d'habilités et de ressources vers de nouvelles tâches. Le souci d'un gouvernement de faciliter les échanges va donc de pair avec celui de fournir un cadre adéquat à l'allocation des

ressources vers de nouveaux projets et de nouvelles entreprises, en d'autres mots, un cadre adéquat à l'ajustement.

Les interventions gouvernementales de nature à fournir un cadre à l'ajustement peuvent être classées en deux catégories : les politiques-cadres et les politiques sectorielles[1]. Des subventions à certaines entreprises d'une industrie particulière fournissent un exemple de politique sectorielle. Pour leur part, les politiques-cadres sont d'application beaucoup plus générale et tendent à englober l'ensemble de l'économie. Certaines dispositions de la loi de l'impôt accordant un traitement favorable aux dépenses en recherche et développement, l'assurance-chômage et les programmes finançant les entreprises actives en formation du personnel sont des exemples de politiques-cadres. De nombreuses lois fournissent d'autres exemples de politiques-cadres, dont la loi sur les corporations, la loi sur la concurrence et enfin, la loi sur la faillite.

Les politiques d'ajustement offrent un cadre adéquat s'ils conduisent aux bonnes décisions en ce qui a trait à l'allocation des ressources et entre autres, les décisions sur les termes d'association et d'échange. Les contrats implicites et explicites qui rassemblent des gens autour d'un projet, dans la poursuite d'une même entreprise constituent l'expression de ces termes d'association et d'échange. La loi sur la faillite fournit à la

fois quelques clauses de ces contrats et, dans une situation d'insolvabilité, un cadre pour la révision de quelques autres.

Les statistiques publiées par le Surintendant des faillites indiquent 8 664 cas de faillites commerciales pour 1989. Les actifs rapportés dans ces faillites commerciales représentaient un montant total de près de deux cent millions de dollars alors que le total des passifs s'élevait à près de deux milliards et deux cent millions de dollars. C'est donc dire que les créanciers impliqués dans ces faillites connaissent des pertes financières s'élevant à environ deux milliards de dollars.

Dans une économie dynamique ouverte aux nouvelles entreprises qui sont autant de nouveaux champs d'expérimentation dans la production de valeurs d'échange, il y a continuellement des entreprises et des projets qui s'avèrent non-fructueux au sens où ils ne couvrent pas le coût d'opportunité des ressources qui y ont été consacrées. Cela s'inscrit dans le processus d'acquisition de la connaissance sur les besoins, les habilités et les ressources disponibles dans une société permettant des initiatives nombreuses, avec les changements qui en découlent. Les pertes financières rapportées dans les cas de faillites commerciales peuvent être associées en partie aux dépenses d'investissement. Ceci dit, le montant de ces pertes est en relation directe avec la loi sur la faillite en vigueur, et leur distribution parmi les

différentes parties prenantes à une entreprise est en relation directe avec les incitatifs contenus dans la loi.

L'état d'insolvabilité est un pré-requis à l'utilisation des procédures de la loi sur la faillite. Mais l'insolvabilité n'implique pas l'utilisation de cette dernière. Des données recueillies au cours d'une enquête dans le secteur manufacturier révèlent qu'en moyenne environ 50 % du montant total des créances rapportées dans les cas de faillites sont des créances garanties. Or les créanciers garantis ne sont pas soumis à la loi sur la faillite dans sa forme actuelle.

Les données de la même enquête indiquent que dans la très vaste majorité des cas, les créanciers soumis à la juridiction de la loi sur la faillite essuie une perte totale. Les gains que sont en droit d'espérer de l'utilisation de la loi les créanciers soumis à sa juridiction ne sont donc pas un facteur déterminant de son utilisation dans le régime actuel. De fait, des sources diverses tendent à confirmer qu'au moins autant de cas d'insolvabilité commerciale sont traités en-dehors de la loi qu'il y en a qui le sont dans le cadre d'une application de la loi. Cela suggère que *les pertes financières totales reliées à l'insolvabilité commerciale seraient de l'ordre de quatre milliards en 1989* (plutôt que les deux milliards mentionnés ci-haut), soit près de 1 % du produit national ou plus de 5 % du montant total de l'investissement annuel des entreprises dans l'économie.

PROPOSITION RÉCENTE DE RÉFORME

La *Révision proposée à la Loi sur la faillite* rendue publique en juin 1988 par le Ministre de la Consommation et des Corporations aborde cinq sujets touchant les faillites d'entreprises : les employés-créanciers, les créanciers garantis et séquestres, les réorganisations commerciales, les fournisseurs impayés et les privilèges de la Couronne. Cette proposition s'inscrit dans un projet de réforme par étape de la loi plutôt qu'un projet de réforme globale, cette dernière approche s'étant avérée plusieurs fois infructueuse dans le passé.

Le chapitre 2 décrit brièvement les principales procédures de la loi. Le chapitre 3 inscrit dans une perspective historique la dernière proposition de réforme; on y développe ensuite, à partir d'une critique des arguments déjà présentés, des critères d'évaluation des différents changements proposés.

Le sort des employés-créanciers est devenu un enjeu majeur des débats récents entourant la réforme de la loi. La proposition ayant le plus retenue l'attention, soit la création d'un fonds de protection des salariés, n'implique néanmoins que des changements marginaux à la loi actuelle. Ce fonds tout comme le programme d'assurance-chômage constitue une forme d'assurance-salaire. Après avoir caractérisé les créances salariales du point de vue des échanges, le chapitre 4 analyse le régime de protection

proposé à la lumière de la protection alternative que pourrait offrir un programme d'assurance-chômage légèrement modifié.

Les autres matières à réforme ayant fait l'objet de propositions dans l'énoncé de politiques déposé à la Chambre des communes en 1988 sont abordées au chapitre 5. Les propositions faites consistent à redéfinir l'ordre de priorité parmi les droits des différents créanciers sur les actifs d'une entreprise insolvable. En ce qui a trait aux séquestres et réorganisations commerciales, les propositions contiennent aussi de nouvelles règles concernant l'exercice de ces droits. La question de priorité lie toutes ces propositions dans un tout, ce qui requiert une analyse commune.

2 DESCRIPTION SOMMAIRE DE LA LOI CONCERNANT LA FAILLITE

En vertu du paragraphe 91(21) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, le Parlement du Canada a autorité en matière de faillite et d'insolvabilité. Le Parlement a adopté une première *Loi concernant la faillite* en 1919. Une autre a été sanctionnée en 1949 et, avec les amendements qui y furent apportés en 1966, elle est encore en vigueur à l'heure actuelle. Cette dernière version contient 242 articles et s'étend sur 123 pages (S.R.C. 1985, ch. B-3)[1].

Les articles 1 à 4 donnent le titre de la loi et expliquent l'interprétation des termes utilisés dans le texte. Les autres articles sont regroupés en dix parties. La Partie 1 (articles 5 à 41) concerne les fonctionnaires administratifs qui veillent à l'application de la loi devant les tribunaux et autres instances. Elle définit le rôle du Surintendant et des séquestres officiels, qui sont des fonctionnaires fédéraux rattachés au ministre de la Consommation et des Corporations, et celui des syndics, qui sont des agents privés (normalement des comptables) titulaires d'une licence émise par le ministre après recommandation du Surintendant. C'est le syndic qui intervient le plus directement dans un cas de faillite entre le moment où la faillite est déclarée (la date officielle d'une faillite précède la date de déclaration dans certains cas) et le moment où l'actif du failli est distribué aux créanciers privilégiés et non garantis. Le

failli peut choisir le syndic, mais les créanciers peuvent, lors d'une assemblée, adopter une résolution spéciale pour y substituer un autre syndic[2].

Une longue série d'articles de la Partie I énoncent les pouvoirs du syndic; voici, par exemple, un bref extrait de l'article 30 : « Avec la permission des inspecteurs, le syndic peut faire toutes les choses suivantes ou l'une d'elles :

- vendre ou autrement aliéner, à tel prix ou moyennant telle autre contrepartie que peuvent approuver les inspecteurs, tous les biens ou une partie des biens du failli ...
  [...]

- continuer le commerce du failli, dans la mesure où la chose peut être nécessaire pour la liquidation avantageuse de l'actif;... »

La *Loi concernant la faillite* fait état des procédures judiciaires que les créanciers ou le failli lui-même peuvent intenter. Trois recours sont autorisés : une requête de mise en faillite (à la demande d'un créancier), la cession de tous les biens d'un failli au bénéfice de ses créanciers en général (à la demande du failli) et une proposition concordataire (à la demande du failli). La Partie II de la loi (articles 42 à 49) se rapporte spécifiquement aux deux premières actions. L'article 42 présente

une liste des actes de faillite, dont le plus fréquent est décrit à l'alinéa 42(1)j) : « quand [le débiteur] cesse de faire honneur à ses obligations en général au fur et à mesure qu'elles sont échues ». L'article 43 traite de la requête de mise en faillite, de sa forme et des éléments dont le tribunal[3] doit tenir compte afin de décider si une requête doit être acceptée ou rejetée; le paragraphe 43(7) dit que :

> Si le tribunal n'estime pas satisfaisante la preuve des faits allégués dans la pétition, ou de la signification de celle-ci, ou si le débiteur lui a démontré à sa satisfaction qu'il est en état de payer ses dettes, ou si le tribunal juge que, pour autre cause suffisante, aucune ordonnance ne devrait être rendue, il doit rejeter la pétition.

Habituellement, l'alinéa 42(1)j) est interprété comme s'appliquant à une interruption générale des paiements que le débiteur verse à un grand nombre de créanciers; la requête de mise en faillite, de préciser la loi, n'est pas un recours civil ordinaire, mais un recours collectif qui doit bénéficier à l'ensemble des créanciers[4]. Le même principe général s'applique à une cession de biens par un failli ou un débiteur; cette personne doit être insolvable (article 49), ce qui signifie que, « pour une raison quelconque, [elle] est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance » (article 2, alinéa a) de la définition d'une « personne insolvable »).

Une proposition concordataire peut être faite par une personne insolvable ou un failli (paragraphe 50(1)). La Partie III de la loi porte sur ce type de procédure. La proposition doit être déposée auprès d'un syndic autorisé, qui convoquera une assemblée des créanciers touchés. Ces derniers décideront, par résolution spéciale (qui requiert une majorité en nombre et une majorité des trois quarts en valeur), d'accepter ou de rejeter la proposition. En cas de rejet, le débiteur « est réputé avoir fait une cession le jour où la proposition a ainsi été produite » (paragraphe 57(1)). Si un débiteur fait défaut à quelconque proposition, il commet un acte de faillite (alinéa 42(1)i)).

Le reste de la loi contient 176 articles divisés en sept parties qui portent les titres suivants : « Biens du failli », « Administration des actifs », « Faillis (devoirs, interrogatoire, arrestations, libération) », « Tribunaux et procédure », « Infractions en matière de faillite », « Dispositions diverses » et « Paiement méthodique des dettes ». Enfin, *il importe de souligner que la loi mentionne explicitement les créanciers garantis maintes fois, mais c'est généralement pour limiter l'application de la loi et protéger leurs droits.* Par exemple, l'article 69, intitulé « Suspension des procédures », stipule que, lors de la déposition d'une proposition ou lors de la faillite de tout débiteur, aucun créancier ayant une réclamation prouvable en matière de faillite ne peut intenter ou continuer une action pour le recouvrement d'une réclamation; il définit par la suite les

conditions exceptionnelles sous lesquelles les créanciers garantis pourraient être assujettis à cette contrainte.

3 OBJECTIFS DES RÉFORMES ET RÔLE DE LA LOI

OBJECTIFS PROPOSÉS DANS LES DÉBATS ENTOURANT LA LOI

La Loi adoptée en 1949

À l'exception de quelques amendements ayant trait aux pouvoirs du Surintendant, la loi sur la faillite dans sa forme actuelle correspond à la loi adoptée en 1949, cette dernière ayant pour but, « ainsi qu'il en est de toute loi concernant la faillite, de fournir le moyen de liquider et de distribuer de façon équitable les biens des personnes insolvables. Elle s'applique à tous les genres d'affaires et de commerce »[1].

La loi de 1949 reproduit dans ses grandes lignes la loi adoptée en 1919; à quelques nuances près, il est juste d'affirmer que la loi actuelle remonte au début du siècle. L'objet du projet de loi adopté en 1919 était « d'assurer l'uniformité dans toutes les questions commerciales touchant la loi des faillites »[2]. Bien que la faillite relève de la juridiction fédérale, de 1880 à 1919 les gouvernements fédéraux n'avaient pas exercé cette juridiction, ce qui donna lieu à une multitude de lois provinciales, d'où le souci d'uniformiser, en 1919.

Suite à des abus, les dispositions de la loi de 1919 permettant à un débiteur de faire une proposition à ses créanciers, sans

ordonnance de séquestre ou cession de biens, avaient été retirées en 1923 et remplacées en partie par la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies adoptée en 1933. Le bill adopté en 1949 a réinstauré les dispositions en vigueur de 1919 à 1923 et autorisant le débiteur « à soumettre une proposition à ses créanciers sans être contraint d'inscrire une cession ou être l'objet d'une ordonnance de séquestre »[3]. En outre, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies a été conservé et son rôle distinct de celui de la Loi sur la faillite décrit comme suit : « l'objet principal de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies est essentiellement de protéger les droits des créanciers tels que les porteurs de titres et d'obligations désignés par la Loi sous le nom de créanciers garantis, tandis que la Loi de faillite a pour objet de protéger les droits des créanciers ordinaires, catégories de créanciers qu'il ne faudrait pas confondre »[4].

La loi de 1949 a été le résultat d'un long processus de réforme qui n'est pas sans rappeler le processus actuel déclenché en 1970 avec le dépôt du rapport Tassé. Tout comme ce fut le cas avec les projets de loi déposés de 1975 à 1984, le projet déposé en 1946 visait la mise en place d'une nouvelle loi plus étendue et pouvant se substituer à d'autres lois, entre autres la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies[5]. Dans ce dernier cas, l'objet était « de soumettre aux dispositions de la Loi de faillite toutes les réorganisations corporatives »[6], une des

raisons invoquées étant d'éliminer « les prétendus abus du rouage existant, sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, par lesquels, en certaines circonstances, les créanciers ordinaires non garantis ont été lésés »[7] sous le régime de cette loi.

L'approche plus globale préconisée dans le projet initial présenté au Sénat en 1946 n'a pas été retenue dans la loi adoptée en 1949. Parmi les arguments présentés et finalement retenus, il y a eu l'argument selon lequel les « dispositions actuelles de la Loi de faillite qui protègent les droits des créanciers garantis doivent rester intactes »[8]. Il y a aussi eu l'opposition exprimée au Sénat à ce que soit étendue « l'application de la Loi de faillite au delà de son domaine traditionnel »[9]. Plus spécifiquement, le mémoire déposé par le Board of Trade de Toronto au comité permanent (Sénat) de la banque et du commerce soutenait que « la Loi de faillite est un instrument efficace qui permet aux commerçants de réaliser leurs réclamations contre leurs débiteurs commerciaux »[10]. Cette qualité de la Loi, si elle a déjà été fondée, ne l'est plus dans le contexte de son application actuelle. Les données de l'enquête dans le secteur manufacturier indiquent que dans la vaste majorité des cas, les commerçants et fournisseurs ou créanciers commerciaux impliqués dans des cas de faillite essuient une perte totale.

Le rapport Tassé et les projets de réforme récents

Les énoncés de principe qui se retrouvent dans les propositions récentes de réforme et les débats qui ont suivies se ramènent à trois objectifs de base : justice et équité, intérêt public, accessibilité au crédit. Au cours de la période relativement longue de débats au sujet de la loi actuelle, ces objectifs ont été apposés à des visions parfois différentes des enjeux. Par exemple, le rapport Colter déposé en 1986 compte parmi ses préoccupations majeures la survie des entreprises alors que la notion même d'entreprise n'est pas utilisée comme lieu de référence par le rapport Tassé dans son étude des relations entre créanciers et débiteurs. Il s'en suit que le sens des termes a lui aussi évolué.

Par exemple, la notion d'équité fera parfois partie de considérations sur la réhabilitation de débiteurs lourdement endettés, et dans un autre contexte, cette même notion fera référence à l'équilibre souhaitable dans la balance des pouvoirs entre débiteurs et créanciers. Des changements peuvent aussi être retracés dans le sens accordé à la notion d'intérêt public.

Le rapport Tassé fait intervenir la notion d'intérêt public lorsqu'il discute la nécessité de mettre en place un système juste et honnête, à l'abris des abus, pour résoudre les conflits entre un débiteur et ses créanciers. Dans les contributions plus

récentes au débat sur la loi, l'intérêt public est surtout invoqué dans le cadre de réformes visant à faciliter les réorganisations d'entreprise.

Le souci de protection du système de crédit, présent chez les auteurs du rapport Tassé, est dans une certaine mesure apparenté au troisième objectif de base, soit l'accessibilité au crédit. Cependant, ce troisième objectif a surtout été évoqué dans les discussions de mesures ou de changements à la loi pouvant restreindre les avantages associés à l'usage de sûretés.
Le traitement des cinq items retenus en rapport avec les faillites commerciales dans le plus récent projet de révision de la loi combine aux objectifs de base énumérés ci-haut des justifications plus concrètes. En rapport avec le premier de ces items, soit la protection des salariés, la proposition de mettre sur pied un fonds de protection des salaires visera le paiement certain et rapide des créances salariales.

En ce qui a trait aux créanciers garantis et séquestres, les mesures proposées sont justifiées par le souci d'assurer une protection adéquate des actifs, d'empêcher les liquidations hâtives, d'encourager (au nom de l'intérêt public) les procédures de réorganisation. Outre le souci de favoriser la participation des créanciers garantis aux procédures de réorganisation, on retrouve sensiblement les mêmes justifications sous la rubrique « réorganisations commerciales ».

Les mesures visant à réduire les privilèges de la couronne sont justifiées par le souci d'aider les petites entreprises et les particuliers en tant que créanciers, et d'encourager la survie d'entreprises viables en facilitant la réalisation des plans de réorganisation. Les mesures ayant trait aux fournisseurs impayés ont pour but de remédier à l'inéquité de leur situation[11].

CRITÈRES OPÉRATIONNELS D'ÉVALUATION

Limites des objectifs proposés

Les objectifs d'équité et de justice, d'intérêt public, et à la limite, d'accessibilité au crédit se situent au niveau des grands principes. Une proposition de réforme en opposition avec plusieurs ou l'un de ces grands principes serait difficilement acceptable au départ; par ailleurs, on peut concevoir une variété de propositions concurrentes de réforme qui seraient en accord. Ces objectifs souffrent donc d'un manque de sélectivité.

À l'opposé d'objectifs très généraux, les justifications spécifiques de changements particuliers préconisés se limitent parfois à une description des effets probables dénuée de contenu normatif. Par exemple, une des justifications fournies pour les changements proposés en ce qui a trait aux réorganisations commerciales est la participation des créanciers garantis à ces procédures. Il est tout à fait sensé de conjecturer une telle

participation, si des changements à la loi maintiennent les créanciers garantis liés à une entreprise. Mais la question demeure à savoir pourquoi la participation des créanciers, garantis et non-garantis, peut être souhaitable. Les justifications pour un fonds de protection des salariés sont un autre exemple, l'argument étant que cela permettra un remboursement complet et plus rapide de leurs créances; en face d'un traitement aussi avantageux de ce type particulier de créance, la question demeure, à savoir en quoi cela est justifié.

Une autre limite très générale de presque tous les arguments présentés dans les débats de réforme est leur caractère principalement redistributif, prônant un traitement plus favorable pour un groupe ou l'autre de créanciers. Des critères économiques, faisant intervenir des gains d'efficacité dans le processus d'allocation des ressources, permettent d'aller au-delà de ces arguments qui n'ont pu faire consensus autour d'une réforme particulière. L'efficacité est atteinte quand il ne peut y avoir une plus grande réalisation des gains nets à l'échange. Un type particulier de créance repose sur un type particulier de contrat; puisque d'autre part les contrats sont à la base du processus d'allocation de ressources, les critères économiques fourniront un cadre pour analyser les effets des différentes propositions de réforme sur le contenu et l'exécution des contrats.

Rôle de la loi et implications

Du point de vue économique, le rôle de lois telle la loi sur la faillite est de faciliter la réalisation de gains à l'échange. À cette fin, la loi peut opérer à deux niveaux : premièrement par l'institution d'un cadre qui soit propice aux échanges et à la poursuite d'associations, et deuxièmement, par l'établissement de règles déterminant ou facilitant la détermination des termes d'échange et d'association.

Les termes d'association ou d'échange, qu'on retrouve dans des contrats, sont un ingrédient essentiel à la réalisation des gains d'échange et d'association. En effet, une condition pour qu'il y ait échange et réalisation de gains à l'échange entre deux personnes est qu'ils s'entendent sur les prix de ce qu'ils s'échangent. Dans le cas d'une association ou d'une entreprise, les termes d'association incluront bien souvent d'autres éléments que le prix des ressources que chacun y apporte. Encore là, si ces termes ne peuvent être déterminés à la satisfaction des parties prenantes à l'association, cette dernière sera brève. Les procédures de réorganisation inscrites dans la loi sur la faillite constitue une très bonne illustration du rôle de la loi sur la faillite dans la détermination de termes d'association; dans un cas de réorganisation, il s'agit de déterminer les nouveaux termes d'association (ou de séparation) entre les parties, maintenant qu'il y a insolvabilité.

Ayant identifié le rôle de la loi, il devient possible d'en dériver un certain nombre d'implications qui sont autant de critères opérationnels d'évaluation, ou critères d'efficacité. Premièrement, les termes d'association déterminés directement ou indirectement par la loi devraient être aussi clairs que possible, afin d'éviter les ambiguïtés et les clarifications parfois laborieuses que de telles ambiguïtés nécessitent. Deuxièmement, la loi devrait offrir un cadre qui facilite la révélation par les parties prenantes à un échange ou une association, de leurs véritables préférences et contraintes; ce qui minimiserait les options stratégiques et la rivalité entre les parties prenantes à une même association, une entreprise. Troisièmement, la loi ne devrait pas tendre à biaiser son utilisation dans une direction particulière, les préférences et contraintes que la loi aide à révéler devant être les seuls déterminants des résultats obtenus par l'utilisation de la loi.

Les trois critères qui viennent d'être énoncés sont intimement liés l'un à l'autre et donnent lieu à des élaborations qui les rendent encore plus pertinents au débat récent. À titre d'exemple, au niveau de la relation entre les critères, on peut observer que si les termes sont clairs, la communication entre les parties sur leurs vraies préférences et contraintes sera favorisée. Au niveau des élaborations possibles, le deuxième critère implique par exemple que la loi devrait offrir un cadre qui incite le plus grand nombre de créanciers (ou leurs agents

mandatés) à participer dans les procédures d'application de la loi; ceci fournit ainsi une base au souci rapporté ci-haut d'avoir une loi favorisant une plus grande participation de différentes catégories de créanciers.

4 PROTECTION DES EMPLOYÉS-CRÉANCIERS

La présente loi sur la faillite permet à un employé de réclamer à titre de créancier privilégié jusqu'à 500 $ en arrérages de salaire gagné dans les trois mois précédant la date de faillite, la portion de sa réclamation excédant cette limite de 500 $ est reléguée au statut de créancier ordinaire. Dans l'ordre de distribution des montants réalisés provenant des biens d'un failli, il y a premièrement les créances garanties. Elles ne tombent pas sous la juridiction de la loi sur la faillite mais ont préséance; ensuite viennent les créances privilégiées. Parmi les créances privilégiées, les créances salariales viennent au quatrième rang après les frais de funérailles, les frais d'administration et le prélèvement sur les dividendes pour défrayer la surveillance du Surintendant. Six autres catégories de créances privilégiées viennent après les créances salariales (taxes municipales, arriérés de loyer, etc) et ensuite viennent les créances ordinaires.

Sur la base des données recueillies au cours de l'enquête dans le secteur manufacturier, on constate que le montant des créances privilégiées pour salaire impayé est relativement faible. D'une part les créances salariales ne représentent qu'environ 10 % du total des créances privilégiées. Par ailleurs, le total des créances privilégiées par rapport au total de toutes les créances (garanties, privilégiées et ordinaires) ne représente aussi

qu'environ 10 %. Ce qui ramène le poids des créances salariales à environ 1 % du total de toutes les créances. La même enquête a permis d'estimer à 6 %, le dividende de faillite ou recouvrement moyen sur les créances privilégiées; c'est donc dire que la perte moyenne est d'au-dessus de 90 % sur ces créances.

Il n'a pas été possible de produire un estimé distinct pour le sous-groupe des créances salariales. Compte tenu de la faible valeur du dividende moyen pour l'ensemble et compte tenu qu'elles se rangent après les frais d'administration dans l'ordre de distribution, on peut supposer que les pertes sont substantielles dans bon nombre de cas.

LA CRÉANCE COMME INSTRUMENT D'ÉCHANGE

Origine des créances salariales

L'entreprise a besoin de ressources variées pour produire. En vue d'avoir accès à ces ressources, la direction de l'entreprise sera partie prenante à des contrats multiples. Ces contrats établiront les conditions de l'échange entre la direction de l'entreprise et les propriétaires des ressources. On peut distinguer deux genres de contrats : ceux pour lesquels toutes les conditions seront rencontrées simultanément et ceux pour lesquels des périodes de temps de longueurs variées sont nécessaires (*contrats étalés*).

La période de temps impliquée est bien souvent un élément essentiel de la réalisation des gains à l'échange. Par exemple, quand d'une part des épargnants sont en quête d'un endroit pour remiser des liquidités en vue d'un usage futur et que d'autre part, une direction d'entreprise est en quête de liquidités pour investir dans des ressources en vue d'un rendement futur. Par contre, la période de temps au cours de laquelle toutes les conditions d'un contrat sont rencontrées peut dans certains cas ne pas être essentielle à la réalisation de gains à l'échange mais contribuer tout de même positivement à l'importance des gains nets réalisés. Par exemple, le fait que des fournisseurs puissent livrer des services ou des marchandises à crédit, payés par la suite à des dates fixes et en fonction des quantités utilisées simplifie grandement les transactions et réduit les coûts administratifs.

Le contrat entre un employeur et un employé, avec la créance salariale qui y est associée, est un cas parmi d'autres de contrat étalé. Comme c'est le cas avec les fournisseurs de biens et services, le fait que le salaire est versé à quelques dates fixes réduit les coûts administratifs. Cette pratique en affaires implique que pour le temps écoulé entre deux versements de salaire, l'une des parties prenantes au contrat sera créditrice de l'autre partie. Comme c'est le cas avec les fournisseurs de biens et services, l'employé (fournisseur de son effort de travail et de ses compétences) sera créditeur. Les créances en salaire et

autres bénéfices reliés rapportés dans les cas de faillite originent en partie de ces pratiques d'affaires; pour les « bénéfices reliés » telles que les rémunérations de vacances, le rythme de versement sera plus lent que le salaire, ce qui fait que ces bénéfices peuvent constituer une portion importante des créances de faillite des employés.

Outre les pratiques d'affaires, les conditions particulières de l'entreprise et de son milieu sont aussi des facteurs déterminants des créances salariales. L'employé associera, de façon plus ou moins certaine, à son statut au sein d'une entreprise un flux de revenus futurs. Accepter que soit reporté à une date ultérieure un versement de salaire dû peut constituer pour l'employé un investissement dans ce flux de revenus futurs, si de tolérer un tel retard peut contribuer à la survie de l'entreprise. Les alternatives que lui offre le milieu par rapport à sa situation espérée au sein de l'entreprise seront un facteur déterminant de sa décision de faire cet investissement plutôt que de quitter l'entreprise au premier retard dans le versement de son salaire. Ces alternatives consistent en la probabilité de trouver un autre emploi avec salaire comparable et la possibilité de réclamer des prestations d'assurance-chômage.

Créances salariales versus autres créances

Les propositions de réforme aussi bien que la loi actuelle accorde un statut spécial aux créances salariales, ce qui suppose une différence entre ce type de créances et les autres. En quels termes se conçoit cette différence du point de vue de l'allocation des ressources ? Ou plus spécifiquement, est-ce que la créance salariale se fonde sur l'utilisation d'une ressource particulière, en l'occurrence une force de travail, ou sur un type de contrat ou mode particulier d'accès à cette ressource ?

Quand un ingénieur d'un bureau spécialisé d'ingénierie va accomplir certaines tâches au sein d'une entreprise, il met à la disposition de cette entreprise sa force de travail au même titre qu'un employé, sans pour autant être lié à l'entreprise à titre d'employé. Il agit plutôt à titre de fournisseur de services. Les agences de services de personnel de bureau produisent d'autres exemples de situations très semblables à celle-ci.

Le statut d'employé et les créances salariales qui en découlent ne résulte donc pas du recours par l'entreprise à une ressource particulière, en l'occurrence le facteur humain, mais constitue plutôt un mode parmi d'autres d'accès à cette ressource. Cette caractérisation est aussi valable quand l'entreprise achète des biens que lorsqu'elle achète des services.

Quand une entreprise achète un bien ou un service d'un fournisseur, on peut y voir là une façon pour l'entreprise d'accéder au facteur humain géré par le fournisseur aux fins de produire le dit bien ou le dit service. Une intégration verticale en aval par cette dernière lui donnerait un accès direct à ce facteur humain, ce qui aurait pour effet en situation d'insolvabilité de substituer aux créances du fournisseur des créances salariales.

Si on se représente l'entreprise comme un élément le long d'une chaîne de production, son nombre d'employés est une mesure indirecte de ce qu'elle fait elle-même, alors que ce qu'elle achète en biens ou services représente la portion de la valeur de son output qu'elle délègue à d'autres entreprises. Cette dernière portion donne lieu aux créances de fournisseurs de services et biens variés alors que les créances salariales sont associées à la valeur ajoutée par l'entreprise.

La différence entre créances salariales et créances de fournisseurs repose donc en dernière analyse sur une organisation particulière de l'activité économique juxtaposant différents types de contrat ou modes d'accès aux ressources[1]. Un type particulier de créance correspond à un type particulier de contrat et l'analyse des changements légaux ou nouveaux programmes, tel que le régime de protection, doit porter sur la façon dont ces

changements influencent le comportement des employés et employeurs au niveau des conditions d'emploi.

PROPOSITION DE RÉFORME

La plus récente proposition de réforme déposée par le Ministre de la Consommation et des Corporations recommande sous la rubrique « Protection des salariés », la mise en place « d'un programme de protection des salariés prévoyant la compensation directe des salaires impayés ». Une proposition très similaire a aussi été faite par le Conseil consultatif sur l'adaptation dans son rapport.

Selon la proposition déposée par le Ministre, la section actuelle de la loi qui accorde à l'employé un statut de créancier privilégié pour des réclamations de salaire jusqu'à concurrence de 500 $ serait abolie. L'employé aurait droit de présenter des réclamations auprès des gestionnaires du programme de protection des salariés. Les items admis à titre de réclamation pourraient inclure 90 p. 100 des salaires et rémunérations de vacance bruts gagnés au cours des six mois précédant la faillite, pour un montant total maximum de 2 000 $. Le programme relèverait du gouvernement fédéral qui aurait le statut de créancier ordinaire vis-à-vis de l'employeur en défaut[2].

Parmi les autres mesures ayant déjà été proposées pour assurer une meilleure protection des salariés, il y a eu à quelques reprises la suggestion d'accorder une superpriorité aux créances salariales au sens où le remboursement des créances salariales aurait préséance sur le remboursement de toutes les autres créances. En commission parlementaire, l'idée d'une superpriorité pour les réclamations de salaire n'a pas été accueillie favorablement[3]. Certains problèmes ont été soulevés concernant la mise en pratique d'un tel principe. Entre autres, les conditions de pratique du prêt sur garantie se trouveraient modifiées. Sous un tel régime le créancier garanti obtiendrait, dans un cas d'insolvabilité, la valeur de liquidation de la sûreté moins les créances salariales jouissant d'une superpriorité. Mais le type de contrainte ou d'incertitude que la superpriorité imposerait à la pratique du prêt sur garantie n'est pas complètement étranger au système actuel; le paragraphe 178(7) de la Loi sur les banques impose une telle contrainte aux banques[4].

ÉVALUATION DE LA PROPOSITION RELATIVEMENT À UN FONDS DE PROTECTION

Les coûts et l'étendue du régime de protection

La plus récente proposition de réforme déposée par le Ministre de la Consommation et des Corporations ne contient pas d'estimé du montant annuel de réclamations qui seraient faites auprès d'une caisse de protection des salariés. Il faut remonter au rapport

Colter en date de 1986 pour trouver des estimés de coûts d'une telle proposition. On y avance des montants de l'ordre de 50 millions de dollars par année. Cet ordre de grandeur peut être qualifié de conservateur. C'est un estimé qui repose sur une fréquence d'insolvabilité telle qu'observée en l'absence d'un régime de protection. Or un traitement beaucoup plus généreux des réclamations d'employé ne serait pas sans affecter les pratiques en affaires ayant trait à l'insolvabilité.

Dans une perspective de changements légaux et institutionnels, l'état d'insolvabilité est à la fois le résultat combiné de règles de conduite et de pratiques comptables qu'il a été le plus avantageux d'adopter aussi bien que d'évènements échappant au contrôle des partenaires de l'entreprise tels que la conjoncture, les changements technologiques, etc. Les recherches empiriques récentes par Baldwin et Gorecki ont produit un ordre de grandeur du nombre de cessations et fermetures d'usines par année au niveau national. Cela indique que ce type d'évènement n'est pas exceptionnel et que les circonstances pouvant se prêter à l'insolvabilité commerciale sont nombreuses[5]. Tout comme la mise en place du régime d'assurance-chômage a donné lieu à des ajustements dans le profil des emplois offerts (on peut penser à l'emploi saisonnier), il est raisonnable de supposer que le régime de protection proposé amènerait des ajustements dans les conditions de terminaison d'emploi -- ces conditions étant un

élément parmi d'autres des contrats de travail conclus entre employeurs et employés.

Les enjeux du régime de protection ne sont pas les mêmes selon que les créances d'employé sont des arrérages de salaire ou qu'elles résultent d'autres bénéfices pécuniers d'emploi tels que les régimes de retraite.

Les bénéfices pécuniers autres que le salaire sont généralement acquis par l'employé sur la base de son temps d'emploi. On peut donc parler d'accumulation implicite d'un fonds par l'entreprise en vue de couvrir ces bénéfices. À ce titre, l'entreprise, ou plus spécifiquement sa direction, est un agent des employés pour des bénéfices pécuniers qu'ils accumulent et dont ils confient la gestion à l'entreprise.

Les facteurs qui font que des bénéfices pécuniers autres que les salaires peuvent conduire à des créances de faillite sont très similaires aux facteurs qui font que les taxes, primes d'assurance-chômage et autres montants dus à l'État (mais récoltés et gérés par l'entreprise) peuvent aussi conduire à des créances de faillite. Cela repose en partie sur des pratiques comptables inadéquates et en partie sur le fait que les employés ou l'État n'exigent pas de leur agent, en l'occurrence une direction d'entreprise, des garanties suffisantes. Admettre à un programme de protection les créances résultant de ce manque de contrôle au

niveau de la gestion du cumul des bénéfices d'emploi ne sera pas de nature à susciter des mesures correctives lors de la définition des conditions d'emploi.

Afin d'éviter des utilisations abusives du fonds de protection proposé et d'en limiter les déboursés, la proposition de réforme déposée par le ministre de la Consommation et des Corporations et le rapport du Conseil consultatif sur l'adaptation suggèrent que les employeurs demeurent responsables des sommes versées par le fonds. Il n'y a cependant pas de mesures concrètes quant à la façon de codifier cette responsabilité des employeurs[6]. La seule mesure explicite proposée pour limiter les abus est un paiement à 90 % des créances présentées au fonds (« une franchise de 10 % »), à titre d'incitatif aux employés pour qu'ils exigent « le paiement complet de leurs salaires de leur employeur plutôt qu'attendre simplement l'indemnisation via le programme »[7].

La franchise de 10 % comme mode de contrôle

Par définition, une entreprise insolvable sera dans l'incapacité de rencontrer ses obligations, entre autres de verser un salaire à ses employés. L'objectif d'inciter (via une franchise de 10 %) les employés à exiger le paiement complet de leurs salaires de leur employeur équivaudrait donc, dans la pratique, à les inciter à ne pas tolérer de retard dans le versement de leur salaires. Cependant, il est peu probable qu'une franchise de 10 % aura

l'effet recherché, compte tenu des options pour les employés d'entreprises en situation d'insolvabilité.

Le choix qui se présente aux employés d'une entreprise insolvable est rarement entre garder leur emploi actuel sans arrérages de salaire ou de continuer de l'occuper avec arrérages de salaire. Le choix habituel est plutôt entre continuer d'occuper leur emploi actuel malgré des arrérages de salaire ou le quitter quand il y a arrérages de salaire. Le point de comparaison pour conjecturer leur comportement en présence d'un programme de protection n'est donc pas leur plein salaire dans l'emploi actuel mais leur revenu s'il quitte l'emploi actuel. Les deux principaux éléments de leur décision sont donc leur revenu anticipé s'ils quittent l'emploi actuel versus le niveau de revenu qu'ils espèrent maintenir ou retrouver s'ils demeurent dans cet emploi.

Jusqu'à un certain maximum, l'assurance-chômage offre un revenu temporaire égale à 60 % du revenu antérieur d'emploi. Compte tenu du rôle central du programme d'assurance-chômage comme source de revenu de remplacement suite à une perte d'emploi, ce programme constitue une référence valable pour caractériser, dans le contexte institutionnel actuel, les incitatifs d'une caisse de protection des salariés telle que proposée.

Le régime de protection proposé offrirait un revenu en remplacement du salaire impayé dû à des employés même s'ils sont restés dans leur emploi sans être payés. La portion de ce revenu de remplacement dépassera le revenu espéré des employés s'il quittent leur emploi et s'en remettent à l'assurance-chômage, d'au moins 30 % de leur revenu d'emploi et constituera un incitatif pour persister dans un emploi jusqu'à ce que le montant de salaires impayés soit égal au maximum exigible auprès du fonds, soit 2 000 $[8]. Une franchise de 10 % ne serait donc pas de nature à limiter les déboursés du fonds à l'intérieur du montant de 50 millions de dollars estimé. D'autre part, cette franchise ne sera pas non plus suffisante pour s'assurer que le régime de protection ne retardera pas les ajustements dans l'économie, i.e. ne retardera pas l'allocation des ressources vers des activités dont la valeur économique est suffisante pour couvrir les coûts.

Solution alternative

La relation entre un fonds de protection tel que proposé et le programme d'assurance-chômage ne s'arrête pas aux références de l'analyse de la section précédente; il y a de fait une grande similitude entre ces deux modes d'intervention. Cette similitude suggère une autre approche pour améliorer la situation des employés créanciers d'entreprises en faillite.

Le programme d'assurance-chômage constitue dans ses grandes lignes une assurance-salaire. Parmi les conditions pour être éligible à des prestations, il faut être disponible pour travailler, i.e. ne pas occuper un emploi, que cet emploi soit rémunéré ou pas. En outre, le montant total de prestations auquel un travailleur est éligible est moindre, si ce dernier quitte son emploi de son plein gré. Le fonds de protection proposé pour les employés-créanciers constitue aussi une forme d'assurance-salaire dans le cas particulier où il y a perte de salaire à cause de l'insolvabilité de l'employeur. Ce cas n'est pas couvert par le programme d'assurance-chômage parce que le travailleur, ayant occupé un emploi, n'était pas disponible pour travailler.

Une forme de protection pour les employés d'entreprises en faillite pourrait donc être offerte en changeant de la façon suivante les conditions d'éligibilité aux prestations d'assurance-chômage. Quand le salaire n'est pas versé à un employé d'une entreprise insolvable, permettre à l'employé de faire une demande de prestation auprès de l'assurance-chômage. En d'autres mots, que *le critère premier d'éligibilité aux prestations ne soit plus la perte d'emploi mais plutôt la perte de salaire.* Une telle mesure pourrait être de nature à favoriser l'ajustement via une participation active des employés. L'alerte pourrait être donnée quand il y aurait retard, via une demande de prestation.

Dans le cadre de ce programme, les employés pourront choisir de persister plus ou moins longtemps dans un emploi pour lequel le salaire se fait attendre. Des arrérages de salaire sont une indication que la valeur des activités menées par l'entreprise n'est peut être pas suffisante pour couvrir le coût des ressources qui y sont consacrées. Les employés pourront choisir de confirmer cette indication en quittant au premier arrérage de salaire pour se lancer à la quête d'un nouvel emploi, ou ils pourront choisir d'accumuler des créances salariales et donner ainsi une période à l'entreprise pour infirmer cette indication. Les coûts défrayés par le fonds d'assurance-chômage devraient être beaucoup moindres que ceux devant être assumés par un fonds de protection des salariés.

Le fonds de protection ou le programme d'assurance-chômage élargi devra être financé presque dans son ensemble par une augmentation des primes actuelles d'assurance-chômage ou à même le fonds consolidé du gouvernement. En effet, même si dans le cadre du régime de protection proposé, le remboursement des créances de salariés par le fonds de protection rendrait ce dernier créancier ordinaire de l'entreprise, on observe sur la base des données recueillies au cours de l'enquête, que le taux de recouvrement sur les créances ordinaires dont le fonds hériterait est en moyenne d'à peine quelques pourcents et dans la majorité des cas nul.

Bien que le mécanisme de compensation proposé soit rétroactif, on peut y voir là une subvention à l'entreprise débitrice. En effet, une fois le mécanisme en place avec ses règles connus quant au nombre maximum de semaines produisant des créances salariales exigibles, c'est un élément qui entrera, à titre de source possible de financement des dépenses de salaire, dans les décisions pris s au sein d'une entreprise en difficultés financières.

Un programme d'assurance-chômage élargi est en accord avec les principes que doivent idéalement suivre les politiques d'ajustement[9]. C'est en outre une application dynamique de ces principes; avec les choix décrits ci-haut incombant aux employés, le régime de protection mettrait en effet à contribution leurs connaissances des circonstances particulières des entreprises dans le processus d'allocation des ressources.

5 ORDRE DE PRIORITÉ

OBSERVATIONS SUR LES PRATIQUES COURANTES

La Loi sur la faillite identifie les créanciers par groupe dans l'ordre de priorité qu'elle établit parmi leurs droits sur les actifs d'une entreprise insolvable. La classification adoptée pour l'enquête dans le secteur manufacturier suit de près les groupes identifiés dans la loi tout en respectant une certaine homogénéité au niveau de la spécialisation des tâches; par exemple les intermédiaires financiers sont regroupés.

Sur la base des données recueillies au cours de cette enquête, on constate que les créances garanties détenues par les institutions financières représentent en moyenne environ 70 % du montant total de créances garanties. Une autre tranche d'un peu plus de 10 % est détenue par des intermédiaires financiers gouvernementaux (par exemple la Banque fédérale de développement). À quelques exceptions près, le reste est détenu par des fournisseurs et autres créanciers (catégorie résiduelle). Les gouvernements, à l'exclusion des intermédiaires financiers gouvernementaux, i.e. incluant principalement les ministères fédéral et provinciaux du revenu, détiennent en moyenne à peine 1 %. En ce qui a trait aux créances ordinaires (non-privilégiées et non-garanties), l'importance relative des institutions financières et des fournisseurs est pratiquement inversée par

rapport à la situation pour les créances garanties. L'enquête suggère donc une association entre créances garanties et institutions financières et entre créances ordinaires et fournisseurs. Cette association n'est cependant pas absolue.

Le producteur d'une pièce de machinerie importante ou d'un nouveau bâtiment peut fournir à crédit cet actif en échange de gains futurs. À ce titre, il appartiendra comme créancier à la catégorie « fournisseur ». Par ailleurs, étant donné que le matériel fourni à l'entreprise est durable et peut être clairement identifié, il constitue un élément d'actif pouvant être affecté à une garantie et le fournisseur aura avantage à ce qu'il le soit vis-à-vis sa créance dans le contexte actuel. L'enquête a révélé quelques cas de fournisseur détenant ainsi des créances garanties.

Les réorganisations commerciales sont un des items sur l'agenda de l'initiative récente de réforme. Le terme « réorganisation commerciale » n'a jamais fait l'objet d'une définition explicite. Sur la base de différentes propositions de réforme tel le rapport Colter, il est possible d'en déduire qu'on utilise ce terme pour désigner une certaine continuité de l'entreprise, sa survie comme un tout au-delà de son état d'insolvabilité. Les sections de la loi sujettes à révision dans ce contexte sont celles de nature à favoriser l'adoption de propositions concordataires, le terme « réorganisation commerciale » étant utilisé pour identifier en

quelque sorte le résultat obtenu par l'application de cette procédure.

Les observations recueillies au cours de l'enquête dans le secteur manufacturier permettent de nuancer quelque peu l'association entre d'une part, les propositions concordataires et réorganisations, et d'autre part, la survie comme un tout d'entreprises momentanément insolvables. Plus précisément, la survie comme un tout de l'entreprise en tant qu'usine ou centre de production n'est pas le résultat exclusif de la proposition concordataire, parmi les procédures permises par la loi sur la faillite.

L'enquête a révélé des cas de cession de biens et d'ordre de séquestre ayant conduit à la survie d'entreprises momentanément insolvables. Inversement, certaines propositions concordataires étudiées consistaient en des liquidations des actifs de l'entreprise en cause. De telles observations impliquent que des considérations sur l'évolution future des actifs de l'entreprise insolvable ne suffisent pas à saisir les enjeux d'une réforme de la loi dans ses éléments reliés à la proposition concordataire.

Davantage qu'une évolution particulière des actifs de l'entreprise insolvable, c'est l'identité des parties prenantes aux procédures qui distingue dans les faits la proposition concordataire des autres procédures permises sous la loi. Aussi

bien le texte de la dernière proposition de réforme que le rapport Colter va parler du débiteur insolvable, habilité à négocier un plan de réorganisation; et le rapport Colter va référer aux propriétaires de l'entreprise. Après un ordre de séquestre ou une cession de biens, il n'y a plus à toutes fins pratiques de débiteur ou de propriétaires d'entreprises.

L'ENTREPRISE COMME LIEU D'ASSOCIATION ET D'ÉCHANGE

Prix et règles de conduite

Tous les créanciers d'une même entreprise, quelque soit le groupe auquel ils appartiennent, prennent part à une entreprise commune. Cette dernière consacre en quelque sorte un lieu d'association et d'échange, un lieu de réalisation des gains à l'échange.

L'organisation des sociétés humaines prévoit depuis fort longtemps une variété de tels lieux institutionnels et géographiques. On peut penser par exemple au marché de fruits et légumes qui rassemblent en un même endroit les agriculteurs locaux venant offrir leurs produits frais. Parmi cette variété de lieux d'échange, quel est le trait distinctif des entreprises et projets commerciaux ?

À partir du moment que le volume de ressources requis par un projet est important, une seule et même personne ne jouira pas de l'accès à toutes les ressources nécessaires ou ne sera pas disposée à mettre à la disposition d'un seul et même projet aux résultats incertains toutes les ressources auxquelles elle a accès. Une association et des échanges seront nécessaires entre plusieurs parties. La question se pose donc à savoir quels seront les termes de cette association et de ces échanges. Bien que les ressources utilisées puissent avoir (et ont dans la plupart des cas) un prix bien déterminé, la question demeure entière en ce qui a trait à ceux qui en financent l'achat ou ceux qui les fournissent directement à crédit.

Les parties, qui en retour de gains futurs mettent des ressources à la disposition d'un projet, sont liées par des termes d'association qui ne constituent pas des prix définitifs. On ne peut pas connaître de façon définitive à l'avance ce que seront les bénéfices du projet. Cette absence de prix définitifs appelle une base complémentaire d'échange aux parties prenantes à l'entreprise. La Loi sur la faillite, de même que les autres lois reliées au fonctionnement d'entreprises, édictent des règles de conduite liant les différents partenaires dans un projet ou une entreprise. Ces règles ou ces lois peuvent être interprétées, d'un point de vue économique, comme un substitut aux prix définitifs absents à cause de l'incertitude quant aux bénéfices futurs du projet ou de l'entreprise. Grâce à ces lois,

l'incertitude ayant pour source le comportement des autres partenaires à l'entreprise est réduite dans une certaine mesure[1].

Rôle des sûretés et autonomie de l'entreprise

L'origine historique de l'usage de sûretés par des créanciers se confond avec la pratique du prêt sur gage qui remonte à des temps immémoriaux. Dans sa pratique la plus courante, le prêt sur gage ou sur garantie mettait en présence deux parties bien définies avec, d'une part, une banque ou un individu créancier, et d'autre part, un individu débiteur. La transposition de cette pratique au financement d'entreprises ou projets commerciaux n'est pas sans causer une certaine confusion.

L'entreprise, d'un point de vue financier, est le fait de gens mettant des ressources en commun en vue de gains futurs. Ils partagent donc tous le statut de créancier vis-à-vis d'un projet commun animant l'entreprise. Le débiteur qu'on retrouve dans le prêt traditionnel sur gage n'est donc pas présent dans ce contexte d'entreprises, puisqu'à la base toutes les parties prenantes ont le statut de créancier.

Le rôle de débiteur que la comptabilité associe à une entreprise, quand elle en décrit le passif, réfère à un débiteur transitoire, ou un pseudo-débiteur, agent des créanciers avant toutes choses. Cette fonction de débiteur au sein de l'entreprise

est instituée via des contrats reliant une variété de créanciers à un même projet, via la division des responsabilités (inhérentes à ces contrats) en ce qui a trait à la gestion du projet, ainsi que via le cadre légal visant à faciliter l'association entre plusieurs parties au sein d'un même projet. Ceci dit, l'agent débiteur demeure avant tout une fiction contractuelle ou légale visant à faciliter la poursuite d'une entreprise commune à des parties diverses et parfois changeantes. En présence d'une assemblée de ces parties, par exemple dans un cas d'insolvabilité, l'agent débiteur fictif n'a pas de signification particulière.

Puisque la direction d'une entreprise, bien que remplissant parfois la fonction de débiteur, est agent de tous les créanciers, une interprétation de l'usage de sûreté dans le domaine commercial ne peut pas se fonder sur la relation créancier-débiteur. Chaque créancier d'une même entreprise échange effectivement un accès immédiat à des ressources pour des gains futurs. Mais antérieurement à la délégation d'autorité par les partenaires d'une entreprise au gestionnaire, il est plus juste de parler d'association entre les créanciers dans un même projet. Dans la mesure où tous n'en font pas usage, une sûreté pour un créancier particulier constitue un avantage par rapport aux autres créanciers. La justification de l'usage de sûreté doit donc être recherchée au niveau de contributions particulières d'un créancier à l'entreprise.

On peut parler d'évolution ou de transformation dans le temps du projet ou des projets d'une entreprise. À mesure que les circonstances de son environnement changent, et que des décisions sont prises en réaction à ces changements, les caractéristiques des projets et de l'entreprise changent. Pour un créancier qui échange un accès présent à des ressources pour des gains futurs à très long terme, cet aspect évolutif de l'entreprise à laquelle il s'est associé a plus d'implications que dans le cas d'un créancier à très court terme, par exemple un fournisseur avec des termes de 90 jours par exemple. Dans ce dernier cas, entre le moment où le créancier procure des ressources à l'entreprise et le moment où sa créance vient à échéance, il ne s'écoule que trois mois. Si l'entreprise ne rembourse pas, il peut alors prendre des mesures. Entre le moment où il s'associe à l'entreprise et le moment où il peut réagir à des défaillances de cette dernière, il ne s'écoule donc qu'un court laps de temps.

À moins de défaut de paiement, le créancier à long terme ne dispose pas des mêmes moyens que le créancier à court terme pour réagir à brève échéance à des signes de défaillance de l'entreprise, la totalité de sa créance ne venant à échéance que plusieurs années après la date où il a procuré des ressources à l'entreprise. Cela peut donc justifier des clauses particulières, pour pallier à sa situation désavantageuse par rapport aux autres créanciers.

Il n'y a pas que les créanciers à long terme qui s'associent à une entreprise sur une base prolongée. Les actionnaires, dans le cas des petites et moyennes entreprises sans marché secondaire pour leur titres, sont aussi dans cette situation. Mais il y a une différence entre le créancier et l'actionnaire. Le créancier ne dispose généralement pas de moyen direct de contrôler la gestion de l'entreprise et n'a sans doute pas le désir de le faire; le créancier (à long terme) est à la quête d'un placement pour plusieurs années.

Du fait que le créancier à long terme ne dispose pas en principe d'une capacité d'intervenir à brève échéance dans la gestion de l'entreprise, cette dernière jouit d'une plus grande autonomie par rapport à ce que serait sa situation avec une série de créances à court terme d'un même montant. Par ailleurs, pour le créancier à long terme, son bon vouloir de s'associer dans un projet avec d'autres parties qui ont l'option de s'en dissocier à brève échéance dépendra des moyens de pallier à sa vulnérabilité relative par rapport à ces autres créanciers dans l'éventualité d'un échec du projet. Les fondements de l'usage de sûretés ou de substituts pouvant remplir une fonction similaire reposent donc sur la variété des termes des créances d'une même entreprise.

Il y a une variété de mesures légales qui facilitent directement et indirectement le recours à la garantie par des créanciers; par exemple l'article 178 de la Loi sur les banques et les opérations

bancaires et une loi québécoise très semblable, la Loi sur les cessions de biens en stock. Il y a aussi les bureaux d'enregistrement de sûretés. Les dispositions de la loi sur la faillite qui accordent un traitement distinct aux créanciers garantis constituent un autre exemple. On peut envisager la nature des bénéfices de telles mesures légales en songeant à l'autonomie réduite et les frais de financement plus élevés que connaîtrait une entreprise devant transiger complètement avec des créanciers à court terme plutôt qu'en partie avec des créanciers à court terme et en partie avec des créanciers à long terme.

Ceci étant dit sur les fondements d'une pratique courante, soit l'usage de sûretés, il est important de garder à l'esprit que la créance garantie ne constitue qu'un moyen de mettre au même diapason quand il y a lieu créanciers à long terme et créanciers à court terme tous associés dans une même entreprise commerciale. L'usage de sûretés ne s'inscrit donc pas au niveau des principes, mais plutôt au niveau des modalités, et *ainsi en est-il des mesures légales de nature à faciliter cette pratique*.

Loi sur la faillite versus garantie

À la base de toute créance, un accès immédiat à des ressources est échangé pour des gains futurs. L'usage de sûretés et les créances garanties qui en découlent reposent sur des contrats qui comportent des clauses particulières relativement à des moyens de

recours dans le cas où les gains futurs ne se réalisent pas. Dans ces termes, la loi sur la faillite offre un moyen de recours standard prévu explicitement par le législateur, en l'absence d'autres moyens de recours sélectionnés par les parties prenantes à un contrat et supportés par d'autres lois (lois relatives aux contrats, aux obligations, aux actes de fiducies, etc).

L'usage de la loi sur la faillite à titre de moyen de recours pour détenteurs de créances non-garanties requiert l'état d'insolvabilité. Les circonstances d'utilisation de moyens de recours par les créanciers garantis peuvent être moins restrictives, par exemple si la sûreté n'est pas conservée de façon adéquate. La sûreté ou l'objet de recours pourra être les ressources auxquelles la créance a permis de donner accès ou un actif dérivé de ces ressources.

Le contrat élargi inhérent aux créances non-garanties en combinaison avec la loi sur la faillite actuellement en vigueur comporte un moyen de recours collectif. Bien que la loi sur la faillite sera mise en application suite à des initiatives individuelles, tous les détenteurs de créances non-garanties seront directement touchés par cette mise en application. À l'opposé de ce recours de nature collective, la créance garantie comporte, par essence, un moyen de recours individuel.

À condition que tous les créanciers n'en bénéficient pas, une garantie constitue un avantage net pour le créancier; que le montant de la créance soit élevé ou pas, la garantie sera toujours avantageuse. Analyser en quoi une garantie est avantageuse ne nous aidera pas à comprendre pourquoi certaines créances sont garanties alors que d'autres ne le sont pas. C'est plutôt au niveau des contraintes dans les modalités d'institution d'une garantie que l'attention doit se tourner. Les données de l'enquête permettent de caractériser les créances garanties, ce qui fournit une première indication sur l'origine de ces contraintes.

L'enquête a révélé que les créanciers garantis sont relativement peu nombreux en comparaison avec les créanciers non-garantis; avec (toujours selon l'enquête) un montant total de créances distribué presqu'également entre les deux groupes, on constate que le montant unitaire moyen des créances garanties est significativement plus élevé que le montant unitaire moyen des créances non-garanties.

Double principe de conservation et d'exclusion

N'importe laquelle créance garantie le sera via un ou des actifs de l'entreprise. Un actif qui garantit une créance ne peut pas en garantir une autre au même titre. L'institution d'une créance garantie implique donc la partition de l'actif d'une entreprise

avec d'une part les parties qui seront le fondement d'autant de moyens de recours ou de garanties et d'autre part le reste de l'actif. L'usage de sûretés et la créance garantie repose donc en partie sur un principe d'exclusion.

Une créance est un contrat dans le temps; l'exclusion dans le temps implique donc que l'actif utilisé comme sûreté conserve une identité propre. Le principe d'exclusion en appelle donc un autre, soit le principe de conservation. Ce double principe de conservation et d'exclusion n'est pas tout à fait compatible avec le rôle de l'entreprise.

L'activité de l'entreprise consiste à transformer des ressources (acquises à l'extérieur) aux fins d'y ajouter une valeur. Tous les services acquis par l'entreprise -- des services de main d'oeuvre à ceux de transport et de comptabilité -- bien qu'ils contribuent à l'actif de l'entreprise ne conservent pas une identité propre au sein de cet actif. Pareillement, les matières premières et biens intermédiaires ne conservent pas, à la différence d'un édifice ou d'une pièce importante d'équipement, une identité propre au-delà d'une courte période d'inventaire d'approvisionnement.

Les possibilités limitées de partition de l'actif de l'entreprise en groupes d'actifs conservant une identité propre dans le temps peuvent être rangées parmi les circonstances qui

peuvent expliquer l'association observée entre le montant élevé d'une créance et son statut garanti. Dans le cas particulier des stocks et toujours compte tenu de l'avantage que confère la garantie à un créancier particulier, l'entreprise peut trouver avantage, à l'intérieur d'un certain cadre, à permettre une garantie sur l'ensemble des biens en stock pour un créancier lui donnant accès à un volume de ressources proportionnel à cet ensemble[2]. En outre les comptes à recevoir (ou comptes clients) proviennent de la vente de biens en stock. L'un est la continuité de l'autre; ce qui fait qu'en pratique une garantie donnée à partir des biens en stock inclura aussi les comptes à recevoir.

PROPOSITIONS DE RÉFORME

Les droits des créanciers garantis

La loi sur la faillite actuellement en vigueur n'interfère pas avec les droits des créanciers garantis; ces droits ont par défaut priorité sur les droits des autres créanciers. Les amendements proposés dans le récent document déposé par le Ministre consiste en une réglementation en cinq points. Premièrement, les créanciers garantis ou leurs agents (les séquestres) seraient explicitement tenus d'agir de bonne foi lors de saisies chez un débiteur insolvable et ils seraient soumis à l'autorité du tribunal en cette matière. Deuxièmement, le séquestre serait tenu d'informer dans un délai de dix jours le Surintendant et les

autres créanciers de sa nomination, du montant de la créance impliquée, de la nature de la sûreté.

Dans le cas de prêts à des entreprises, le créancier garanti serait, troisièmement, tenu de donner un avis de dix jours au débiteur avec copie au Surintendant avant de se saisir d'un actif. Cette mesure est justifiée par le souci d'éviter des « liquidations hâtives d'entreprises » et d'encourager « les débiteurs à entamer des procédures de réorganisation financière en temps opportun »[3]. Quatrièmement, à la demande du débiteur, d'un créancier ou d'un syndic, les frais d'un séquestre pourrait devoir être soumis à l'approbation du tribunal.

La possibilité de conflits d'intérêt est le cinquième élément abordé dans les propositions d'amendement reliées aux créanciers garantis et à la saisie. Une série de critères d'éligibilité au poste de syndic ou au poste de séquestre sont énoncés afin d'éviter de tels conflits ou d'en limiter la portée.

Les amendements proposés ne changent pas la priorité accordée aux droits des créanciers garantis dans le régime actuel. Cependant ces amendements pourraient entraîner certains délais dans l'exercice des droits sur une sûreté et par le fait même une valeur nette de réalisation moindre. Cette possibilité devient plus probable avec les mesures proposées au chapitre des

réorganisations commerciales et qui touchent principalement les créanciers garantis.

Les réorganisations

Les amendements proposés visent à faciliter l'acceptation des plans de réorganisation contenus dans les propositions concordataires et les rendre applicables aux créanciers garantis ou certaines catégories d'entre eux. Ces amendements sont de cinq ordres. Premièrement, sur dépôt d'un avis auprès du Surintendant, un débiteur insolvable aurait la capacité de surseoir aux procédures des créanciers garantis, aussi bien que non-garantis, pour une période de 30 jours, renouvelable pour une période supplémentaire de 21 jours suivant le dépôt d'un plan de réorganisation. En vue d'assurer la protection des intérêts des créanciers, le séquestre intérimaire nommé dans l'avis de sursis aurait l'autorisation de prendre les mesures qui s'imposent et « exercer tous les pouvoirs que le tribunal estime nécessaires à l'administration et à la protection du patrimoine du débiteur ». Deuxièmement, le plan de réorganisation pourrait viser non seulement les créanciers non-garantis mais aussi certains créanciers garantis, ce choix -- devant être entériné par un vote -- serait à la discrétion du débiteur.

Troisièmement, une nouvelle procédure de vote est proposée. Les créanciers garantis visés dans le plan de réorganisation

pourraient voter par classe. Un plan accepté a pour conséquence de lier tous les créanciers de la classe donnée, et le seuil d'acceptation d'un plan, aussi bien dans le cas des créanciers non-garantis que dans le cas des différentes classes de créanciers garantis, est une majorité des créanciers ayant des réclamations représentant les deux tiers de la valeur des réclamations des créanciers votants.

En quatrième lieu, la procédure proposée relie l'approbation par le tribunal d'un plan de réorganisation au paiement immédiat des réclamations éligibles au programme de protection des salaires. Cinquièmement, un certain nombre de mesures sont proposées pour limiter certains droits dont l'exercice par des parties prenantes à l'entreprise pourrait interférer avec la réalisation d'un plan de réorganisation; il y est question entre autres des fournisseurs de services d'utilité publique, des droits de la Couronne et des contrats à exécution successive.

Il y a déjà dans la loi une procédure permettant la présentation d'un plan de réorganisation par un débiteur insolvable. Le principal élément de nouveauté dans les changements proposés est l'inclusion de créanciers garantis dans de tels plans; s'il y a suffisamment d'appui pour un plan donné parmi une classe de créanciers garantis, tous les créanciers garantis de cette classe seront liés par le plan. La proposition concordataire pourrait

donc instituer des droits collectifs ayant préséance sur le droit d'un créancier de s'approprier une sûreté.

Privilèges de la Couronne

Dans la présente loi, les créances de la Couronne constituent une catégorie de créances privilégiées venant après les créances salariales. En outre, plusieurs agents gouvernementaux (ministères, commissions, ...) feront usage de sûretés; ce qui leur donne des droits comparables à ceux des créanciers garantis. Un premier amendement proposé dans ce domaine est l'abolition du statut de créancier privilégié pour la Couronne. Les autres amendements visent premièrement à codifier l'usage de sûretés par les multiples agents gouvernementaux (par exemple la nécessité d'enregistrer dans certains cas et dans d'autres pas). Deuxièmement, dans le cas de l'impôt sur le revenu, de l'assurance-chômage et du régime des pensions du Canada, les droits de créancier garanti détenus par les agents gouvernementaux chargés de l'application de ces lois et programmes pourraient être suspendus pour une période allant jusqu'à six mois si une proposition concordataire a été acceptée. L'objectif visé dans ce dernier cas correspond à celui-là même visé par les amendements sur les réorganisations. Dans le cas des autres amendements, on recherche un traitement plus avantageux des autres créanciers.

Les fournisseurs

Compte tenu de la situation déplorable de ces derniers dans les cas de faillite, on propose, sans faire état de mesures spécifiques, qu'il leur soit permis de récupérer les marchandises livrées ou recouvrer une valeur monétaire équivalente.

ÉVALUATION ET ALTERNATIVE

La loi sur la faillite dans sa forme actuelle vise à réglementer, en situation d'insolvabilité, le comportement des créanciers à l'exception de ceux détenant des sûretés. Les amendements proposés vise une réglementation similaire pour les créanciers garantis. En d'autres termes, ce qui est proposé équivaut à continuer de reconnaître dans la loi sur la faillite un droit d'intervention distincte pour les créanciers garantis dans les cas d'insolvabilité commerciale, mais à réglementer cette intervention.

Les jugements récents faisant intervenir l'application d'autres lois en vue de contrôler les abus auxquels peut conduire le comportement de certains créanciers garantis en situation d'insolvabilité sont une indication que *la loi dans sa forme actuelle ne couvre pas la totalité de son domaine de juridiction*. Ce qui n'est pas indépendant du fait que les justifications originales d'une loi sur la faillite sont en profonde opposition

avec un droit d'intervention distincte pour un groupe particulier de créanciers.

Les valeurs de toutes les créances d'une même entreprise repose sur un même ensemble d'actifs. La possibilité de saisie d'une portion de cet ensemble par les créanciers d'un groupe particulier n'est pas sans influencer le comportement de tous les créanciers exclus de ce groupe.

Les avantages découlant de la mise en place d'une loi sur la faillite comme moyen de recours reposent sur le fait que tous les créanciers sont liés par la loi. Comme il a été souligné antérieurement, le prix de ce qui est fourni par les créanciers n'est pas définitif, principalement à cause de la possibilité d'insolvabilité et de faillite. La loi impose un certain nombre de règles de conduite, de sorte que faute d'un prix définitif, les parties prenantes ont au moins un substitut pour délimiter les résultats possibles et ainsi faciliter leur décision de s'associer à un projet. Reconnaître, en cas d'insolvabilité, un droit d'intervention distincte pour sous-groupe de créanciers réduit de beaucoup la valeur d'un tel substitut.

La motivation première d'un créancier garanti agissant individuellement dans un cas d'insolvabilité commerciale est de se faire rembourser sa créance. Il est tout à fait raisonnable de sa part de ne pas accorder d'importance à la valeur des actifs dans

leur ensemble. D'autre part, un actif particulier peut contribuer à la valeur de l'ensemble des actifs bien au-delà de sa valeur en-dehors de cet ensemble. Ce sera le cas par exemple d'une pièce d'équipement importante et très spécifique. L'habilité d'un ou de quelques créanciers d'agir seul rend très incertaine la situation des autres créanciers, d'autant plus que l'impossibilité de poursuivre un projet, de continuer une entreprise pour cause d'insolvabilité n'est pas quelque chose qui apparaît noir sur blanc à une seule et même date à tous les créanciers concernés. Le principal indice d'insolvabilité demeure le non-paiement d'un montant dû, or les échéances varient d'une créance à l'autre. Tant et aussi longtemps que tous les créanciers ne sont pas liés pas une seule et même procédure, cet isolement circonstanciel est source d'incertitude et réduit de beaucoup la valeur du substitut légal.

Plus spécifiquement, les avantages d'une procédure liant tous les créanciers reposent sur l'interdépendance que cela introduit entre les dividendes de faillite que chacun des créanciers obtient. Tous sont appelés à bénéficier de mesures résolvant un état d'insolvabilité de telle sorte que la valeur de l'ensemble des actifs est à son maximum dans de telles circonstances. *Les amendements proposés*, parce qu'ils continuent de préconiser deux systèmes distincts, *ne produiront pas les avantages d'une seule et même procédure*. Entre autres, la valeur des actifs restants pour

les créanciers ordinaires demeurent aussi aléatoire et à la merci de l'attitude des créanciers garantis.

Il a été observé précédemment que la créance à long terme, sans être une justification au niveau des modalités, constitue un fondement à l'usage de sûretés. La réforme proposée suppose implicitement qu'il est impossible à l'intérieur d'une seule et même procédure liant tous les créanciers d'accorder aux créances à long terme un traitement adéquat. Par sa simplicité et sa reconnaissance implicite des enjeux du financement à long terme, la règle du « first in, first out », c.-à.-d., la priorité aux plus vieilles créances est un principe valable pour guider le choix d'amendements de nature à instituer une loi efficace qui éviterait les nombreux inconvénients du droit d'intervention distincte.

Les modes de contrôle inscrits dans la loi actuelle aux fins d'éviter qu'un créancier non-garanti bénéficie, en situation d'insolvabilité ou de pré-insolvabilité, d'un traitement portant préjudice aux autres parties se sont avérés dans une large mesure adéquats. Étendre à tous les créanciers ce mode de contrôle qui a fait ses preuves serait un moyen très sûr d'éviter les cas d'abus par n'importe lequel créancier. En outre, l'application de la règle « first in, first out » éviterait la course aux sûretés entre les créanciers, très similaire à la concurrence inefficace que se livraient, avant la mise en place d'une loi sur la

faillite, les créanciers pour saisir les actifs d'un projet devenu insolvable. Cette course aux sûretés sera d'autant plus inefficace que bien souvent la garantie sera sans fondement ou justification comme c'est le cas des sûretés accompagnant les prêts pouvant être rappelés sur demande, de tels prêts constituant des créances on ne peut plus à court terme.

Le créancier à long terme est particulièrement vulnérable et ce qui est proposé de substituer à l'intervention distincte des créanciers garantis via l'usage de sûretés n'est pas seulement la règle du « first in, first out » mais cette règle en combinaison avec d'autres clauses qui pourraient être incluses dans le contrat entre un créancier à long terme et les autres parties prenantes à une entreprise. De telles clauses prendraient la forme de circonstances qui donneraient droit à un créancier à long terme d'exiger un remboursement plus tôt de sa créance avec l'ordonnance de séquestre comme moyen de recours. Compte tenu des avantages dont serait assorti le statut de créancier à long terme dans la loi, et afin de préserver l'habilité d'un emprunteur d'obtenir un financement d'autres sources dans le cas d'un rappel anticipé d'un prêt à long terme, le terme à courir d'un prêt remboursé prématurément serait préservé au-delà de ce remboursement, du point de vue de l'application de la loi sur la faillite; ceci permettrait le transfert à un autre prêteur pour la balance du terme du statut de créancier à long terme acquis par les années déjà écoulées depuis l'émission du prêt.

Fournisseurs de biens et de services

Dans l'application de la règle de priorité du « first in, first out », il est important de reconnaître la situation particulière des salariés ainsi que de tous les autres fournisseurs de services et de biens. Ces partenaires de l'entreprise détiennent des créances à très court terme, et en vertu de cette règle aurait la plus basse priorité. Comme il a été démontré ci-haut, les salariés et autres fournisseurs n'héritent pas d'un statut de créancier à cause qu'ils agissent à titre d'investisseur ou d'intermédiaire financier, mais plutôt parce qu'offrir des services ou des marchandises à crédit, payés par la suite à des dates fixes et en fonction des quantités utilisées simplifie grandement les transactions et réduit les coûts administratifs.

Autant il est du ressort de l'investisseur et de l'intermédiaire financier de consacrer des ressources en vue de connaître la situation financière de leur débiteur, autant il est du ressort des fournisseurs de chercher à mieux connaître les besoins particuliers en services et matériaux de leurs clients. Il y a à ce niveau une spécialisation des tâches qui est bénéfique en ce sens qu'elle évite une duplication dans l'usage des ressources pour répondre à deux ordres de besoins : les besoins financiers et les besoins en matériel et services. En vue d'atteindre cette spécialisation des tâches, il *serait souhaitable de soustraire à la règle de priorité basée sur le terme les créances de*

fournisseurs. Ils auraient donc priorité sur les autres créances dans la distribution des biens d'une entreprise en faillite.

Une créance de fournisseur serait définie comme une créance originant de la vente à crédit d'un bien ou d'un service et dont la période écoulée entre la date d'émission de la créance et la date de faillite est en-deçà d'une période fixée dans la loi, cela pourrait être quatre-vingt-dix jours, et qui correspond à la période de crédit facilitant les transactions commerciales. Au-delà de cette période, les créances commerciales seront soumises à la règle du « first in, first out » au même titre que toutes les autres créances. Cette période maximum et la priorité donnée aux créances de fournisseurs dans ses limites apparaît comme le plus sûr moyen d'en arriver à un niveau optimal de spécialisation des tâches.

Le fait qu'il ne serait pas permis à un fournisseur-créancier de garder une créance au-delà de quelques mois tout en préservant son statut prioritaire va éviter qu'il s'adonne à un rôle d'intermédiaire financier sans avoir les incitatifs pour bien accomplir ce rôle; en effet, son statut prioritaire ne l'inciterait pas à faire l'effort de suivre de près la situation financière de son client et réagir en temps opportun. Par ailleurs avec la priorité accordée aux fournisseurs, un fournisseur ayant la possibilité de faire des affaires avec un nouveau client n'aurait pas besoin de façon générale de se

préoccuper de la situation financière de son client. En outre, si la possibilité de fournir pour des montants importants dès le début se présentait, l'institution financière impliquée auprès de son client serait une source d'information fiable pour connaître la situation financière de ce dernier; compte tenu de la priorité accordée aux créances du fournisseur, l'institution financière ne bénéficierait du crédit commercial associé aux ventes du fournisseur que si un tel crédit était de nature à contribuer au succès de l'entreprise.

Le cadre légal exploré ici à titre d'alternative aux propositions de réforme rendrait en quelque sorte l'institution financière crédible auprès des fournisseurs et un marché pour l'information qu'elle détient pourrait opérer. Ce qui n'est pas le cas dans le contexte légal actuel ou celui découlant des amendements proposés, car à partir du moment qu'une institution financière détient une sûreté, ses intérêts ne convergent plus avec ceux des fournisseurs. En effet, il devient à son avantage que les fournisseurs s'exposent à des pertes élevées auprès d'une entreprise en difficulté, leurs pertes étant une contribution directe à ses dividendes s'il y a faillite ou liquidation de l'entreprise.

Réorganisations commerciales

Un ordre de priorité basé sur le terme couru de la créance et la reconnaissance de la motivation commerciale plutôt que financière du crédit fournisseur serait aussi de nature à conduire à un traitement plus efficace de la question des réorganisations.

Le but avoué des amendements proposés en relation avec la procédure de proposition concordataire est de favoriser la survie comme un tout d'entreprises connaissant des difficultés financières. Comme il a été observé précédemment, ce résultat peut aussi découler de l'application des procédures inscrites dans la loi. Au niveau des modalités, les amendements proposés consistent à favoriser l'adoption de plans de réorganisation et à rendre plus contraignants vis-à-vis l'ensemble des parties et plus particulièrement les créanciers garantis, les plans acceptés.

Si la proposition concordataire ne se conçoit pas en termes d'allocation particulière des actifs d'une entreprise insolvable, en quels termes se conçoit-elle ? La différence entre les différentes procédures de la loi réside au niveau des droits et responsabilités des différentes parties prenantes à l'entreprise; la cession de biens et l'ordonnance de séquestre sont des procédures qui permettent aux créanciers d'affirmer leur contrôle sur les actifs restants d'une entreprise insolvable en suspendant l'autonomie de gestion des administrateurs ou du débiteur alors

que la proposition concordataire préserve en partie cette autonomie. C'est donc en termes d'incitatifs aux créanciers et investisseurs en place ou à venir que l'analyse des amendements proposés doit être faite.

Une entreprise insolvable est une entreprise qui n'a pas accès à un volume suffisant de ressources pour couvrir ses obligations financières et autres. Il ne s'agit pas seulement de dépenses dépassant les revenus, car les entreprises accomplissant des investissements importants par rapport à leur taille actuelle sont des entreprises en déficit. Cependant, elles ne sont pas insolvables parce qu'il y a des créanciers et des investisseurs disposés à leur donner accès à un volume suffisant de ressources. L'insolvabilité d'une entreprise peut donc se caractériser par le refus des créanciers et investisseurs actuels ou potentiels de procurer de nouvelles ressources à l'entreprise.

Ce refus des créanciers et investisseurs découle en partie du fait que l'entreprise insolvable est surchargée de dettes, ce qui fait que les gains futurs qu'ils peuvent espérer sont très minces, voire même nuls. Malgré tout, l'entreprise peut encore regrouper des actifs pouvant générer une certaine quantité de gains futurs. Les nouvelles ressources nécessaires au maintien et à l'usage de ces actifs ne pourront être disponibles que si les créanciers en place acceptent de réduire à la baisse la valeur de leurs créances. Il n'est pas dans l'intérêt pour un ou quelques

créanciers d'initier de telles baisses. La justification d'une procédure telle que la proposition concordataire, c'est de fournir l'occasion à l'ensemble des créanciers (ou des agents mandatés pour la circonstance) d'une entreprise de pouvoir redéfinir conjointement à la baisse la valeur de leurs créances.

Le principal obstacle, dans le régime actuel, à la prise de décisions par l'ensemble des créanciers sur la valeur des créances est l'usage de sûretés. Deux contraintes découlent de cette pratique. Premièrement, la sûreté permet à un créancier d'échapper à la loi qui pourrait être utilisée pour réunir l'ensemble des créanciers; l'ensemble des créanciers est donc en fait un sous-ensemble. Deuxièmement, la valeur d'une créance garantie en situation d'insolvabilité peut être réalisée sans égard à la valeur des actifs restants et dont héritent les créanciers non-garantis. *Il n'y a donc pas de base commune de négociation entre les créanciers garantis et les créanciers non-garantis pour réviser à la baisse la valeur de leurs créances.*

Un ordre de priorité basé sur le terme couru des créances, plutôt que la reconnaissance de sûretés et le droit d'intervention distincte pour ceux qui en font usage résolverait la plupart des problèmes motivant les amendements proposés dans le projet de réforme. Ces amendements tendent à introduire un biais dans l'application de la loi en faveur de l'acceptation de plans de réorganisation, ce qui est contraire aux critères d'efficacité

présentés au chapitre 3, qui préconisent entre autres que les préférences et contraintes des agents impliqués soient les seuls déterminants de l'acceptation ou du refus de tels plans. La solution alternative explorée ici, incluant un ordre de priorité basé sur le terme et la reconnaissance du statut particulier du créancier commercial est en accord avec les critères d'efficacité; en effet, une telle solution inciterait les parties prenantes à l'entreprise à faire usage de toute l'information disponible plutôt que de les inciter à fausser le résultat dans une direction particulière au détriment de ce qui est le plus souhaitable sur la base de cette information.

En relation avec la solution alternative explorée ici, quelques modifications mineures de la procédure de proposition concordataire actuellement en vigueur, dans les sens d'une plus grande simplification serait bénéfique. Un seul vote pour tous les créanciers serait pris et l'acceptation d'un plan pourrait être seulement basée sur une résolution spéciale ne nécessitant qu'une majorité des trois quarts en valeur. Une telle procédure offrirait une protection adéquate au créancier à long terme.

Si une entreprise a grossi beaucoup depuis la date originale du prêt qu'il a consenti, le poids relatif du créancier à long terme parmi les créanciers aura diminué d'autant et il aura peu de chances de pouvoir empêcher l'adoption d'un plan de réorganisation en y opposant son vote. Par ailleurs, si tel est le cas, c'est

donc dire que beaucoup d'autres ressources auront été allouées à l'entreprise depuis qu'il a consenti son prêt; compte tenu de l'ordre de priorité basé sur le terme, ceci augmenterait d'autant la valeur probable de sa créance. S'il est lié par un plan de réorganisation contre son gré, c'est donc dire, avec le type de résolution spéciale proposée qu'un tel plan est très populaire; il ne devrait pas y avoir de difficultés pour vendre sa créance, étant donné la possibilité de transfert de terme à un autre créancier.

Les incitatifs entourant l'usage de la proposition concordataire illustrent l'avantage qui serait accordé, dans le cadre de la solution alternative développée ci-haut, à l'intermédiaire financier qui engage des ressources à long terme auprès d'une entreprise. Et c'est ce qui devrait être recherché. Parmi tous les créanciers, celui qui procure un tel type de financement est le plus vulnérable, et pourtant c'est ce type de financement qui est le plus précieux aux entreprises, particulièrement les petites, se lançant dans de nouveaux projets[4]. L'avantage que présente la règle du « first in, first out » au créancier à long terme, assorti du droit de transférer sa priorité, est donc tout à fait justifié.

Afin que soit protégé le statut des fournisseurs au cours de l'utilisation de la procédure de proposition concordataire, la priorité donnée aux créances commerciales serait réaffirmée pour

une nouvelle période de 90 jours à partir de la date d'adoption d'un plan de réorganisation. Le statut accordé en cette matière ainsi que précédemment aux créanciers commerciales est en accord avec les critères d'efficacité. Malgré une priorité dans la distribution des actifs, un fournisseur n'a pas intérêt à s'opposer à un plan de réorganisation si les difficultés que connaît l'entreprise ne sont que temporaires. Car ce serait là sacrifier des ventes futures pour le paiement immédiat d'une vente passée. Compte tenu du report de leur priorité qui est proposé ici, les fournisseurs auront tous intérêt à se fier à ceux qui sont le mieux informer sur la situation financière de l'entreprise, i.e. les créanciers à long terme et les intermédiaires financiers. Cela contribuera donc à instaurer un régime de faillite où ceux qui ont le plus d'information, ont une marge de manoeuvre et les incitatifs pour choisir une allocation des actifs qui maximisent leur valeur.

Privilèges de la Couronne

Il reste à commenter sur les privilèges de la Couronne. Comme c'est le cas pour les amendements proposés en matière de réorganisation, le principal objectif visé, outre celui de codifier l'usage de sûretés par les agents gouvernementaux, est de favoriser l'adoption de plans de réorganisation en permettant entre autres que soit reporté pour plusieurs mois l'échéance de créances de la Couronne. Encore ici, les amendements proposés

auront pour effet d'introduire un biais en faveur *d'une plus grande utilisation de la proposition concordataire plutôt que d'introduire des incitatifs visant une utilisation plus efficace d'une telle procédure.*

Il y a plusieurs raisons pour s'opposer à l'utilisation des dûs à la Couronne comme source de financement par les entreprises. Mais la plus fondamentale réside dans le fait que plus que toute autre forme de financement possible, cette forme de financement se prête à un usage inefficace et abusif. En effet, plus que toute autre forme de financement, les dûs à la Couronne ne seront pas soumis à l'arbitrage d'investisseurs ou d'intermédiaires financiers incités à leur chercher une utilisation qui en assure la plus grande valeur d'échange.

Dans le contexte présent, une dispense de taxe peut être identifiée avec de l'épargne, et permettre que les dûs à la Couronne devienne une source de financement équivaut en d'autres mots à empiéter dans le champ d'activités qui relève des investisseurs et des intermédiaires financiers. Il ne peut en résulter qu'un gaspillage de ressources et un appauvrissement général des incitations à la performance. *N'importe laquelle utilisation des procédures de la loi sur la faillite devrait assurer un remboursement en priorité des dûs à la Couronne; dans le cas de la proposition concordataire, l'exécution d'un plan de réorganisation devrait être conditionnel à un tel remboursement.*

Cette proposition, en combinaison avec celle accordant pour une période limitée une priorité aux créanciers commerciaux réaffirme le rôle prépondérant que doivent jouer les investisseurs et les intermédiaires financiers dans l'allocation de l'épargne. Le respect intégral de leur champs de compétence requiert que les créanciers commerciaux et la Couronne (sauf quand elle se prête au rôle d'intermédiaire financier) en soit exclus.

Mesure des gains d'efficacité

Dépendant de la perspective où l'on se place, on peut parler de façon équivalente des gains d'efficacité résultant de la substitution d'une loi plus efficace à celle actuellement en vigueur, ou du gaspillage de ressources résultant d'une loi en vigueur moins efficace que l'alternative qui pourrait être instaurée. Les agents économiques sont les principaux juges du bien-fondé d'une réforme en consentant d'un commun accord ou ne consentant pas à opérer sur la base de nouvelles règles. Ceci dit, des indications sur la taille de ces gains ou de ce gaspillage peuvent néanmoins aider à saisir les enjeux d'une réforme de la loi; si les pertes s'avèrent négligeables, il ne sera pas justifié d'enclencher un laborieux processus de réforme. Et inversement, si ces pertes sont importantes, il sera d'autant plus justifié d'initier un projet de réforme.

De nombreux facteurs rendent très difficile le calcul direct des gains d'efficacité; dans le cas présent, il y a premièrement l'impossibilité d'observer directement les deux situations qu'on veut comparer. Faute d'un calcul direct, des conjectures vraisemblables sur le maximum probable ou le minimum probable de ces gains peuvent néanmoins être utiles. Si le maximum conjecturé est très bas, le montant des gains sera d'autant négligeable et le projet de réforme sera peu justifié. Si le minimum conjecturé est très élevé, le montant des gains le sera d'autant et le projet de réforme sera plus justifié. Si le minimum conjecturé est très bas, on ne pourra pas conclure dans une direction ou l'autre alors que si le maximum conjecturé demeure très élevé, on pourra conclure que les conjectures sur la valeur du maximum ne fournissent pas d'indication permettant de rejeter le bien-fondé de l'alternative proposée. C'est ce dernier type d'évidence que l'information disponible sur le phénomène à l'étude nous permet de produire.

Les gains d'efficacité résultant de la mise en place de la loi plus efficace proposée peuvent être identifiés avec l'élimination d'un gaspillage de ressources qui se retrouve à trois niveaux : premièrement au niveau des pertes financières des créanciers d'entreprises en faillite, deuxièmement au niveau des ressources consacrées à l'enregistrement et à la réalisation de sûretés, troisièmement au niveau des ressources impliquées dans une duplication de la fonction d'intermédiation financière; cette

duplication pourra prendre différentes formes, entre autres des fournisseurs pourront choisir de passer par des grossistes plutôt que de transiger directement avec les entreprises transformant leurs biens et services.

Les pertes financières des créanciers d'entreprises en faillite égalent la différence entre les valeurs d'échange produites par les entreprises concernées et le coût des ressources qui leur ont été allouées. Une réallocation du montant de ces pertes vers les dépenses de consommation augmenterait le bien-être d'autant. Toutes ces pertes, soit environ quatre milliards de dollars pour 1989, ne constituent pas un gaspillage de ressources reflétant les inefficacités de la loi; une loi amendée, aussi efficace soit-elle ne les éliminerait pas entièrement.

Les pertes financières des créanciers peuvent être divisées en trois composantes : une composante « expérimentation » regroupant les ressources consacrées à une infructueuse mais inévitable, voire souhaitable, recherche sur de meilleures façons de servir les besoins, une composante « inefficacité » résultant de l'inefficacité des incitatifs contenus dans la loi et enfin une composante « consommation par les agents débiteurs » résultant aussi de l'inefficacité des incitatifs contenus dans la loi.

La composante « inefficacité » serait mise en évidence, suite à l'application d'une loi amendée plus efficace, par un meilleur

contrôle par les créanciers et une intervention moins tardive de leur part auprès de l'entreprise insolvable. La troisième composante consiste d'« inputs » consommés par la direction plutôt que d'être consacrés à la production de valeurs d'échange réduisant d'autant les pertes des créanciers. Bien que cette composante « consommation » contribue au bien-être des agents en place, ce n'est pas quelque chose de souhaitable. La partie « gaspillage de ressources » dans le montant total des pertes financières des créanciers pourrait donc être identifiée avec la deuxième et dans une large mesure la troisième composante. Les améliorations substantielles qui pourraient être apportées à la loi actuelle en termes d'incitatifs suggèrent que ces deux composantes ne sont pas des parties négligeables. Mais même si la composante « expérimentation » rendait compte dans une proportion aussi élevée que 90 % des pertes financières des créanciers, le 10 % restant, et qui constituerait un gaspillage de ressources, représenterait un très substantiel montant de l'ordre de 400 millions de dollars, pour 1989.

Les ressources consacrées à l'enregistrement et à la réalisation de sûretés par des créanciers d'entreprises peuvent être mesurées en étudiant le budget d'opération des bureaux d'enregistrement et les revenus et dépenses des séquestres. Le montant de ressources impliquées est vraisemblablement d'un ordre de grandeur inférieur au montant précédent mais positif et non-négligeable.

Le fournisseur de petites quantités de biens ou services à un grand nombre d'entreprises ne peut supporter les coûts de se garder à jour sur la situation financière de chacune d'entre elles. Un grossiste, combinant plusieurs lignes de produits, peut réaliser un chiffre d'affaires suffisant auprès de chaque entreprise pour supporter de tels coûts. Le montant de ressources utilisées dans l'opération des commerces de gros en 1985 s'élevait à $20.5 milliard, soit près de 4% du produit intérieur brut. Une partie même très petite de ces ressources attribuable à de l'intermédiation financière pourrait donc signifier des montants absolus importants. Compte tenu que la loi actuelle n'incite pas les institutions financières à révéler de l'information aux fournisseurs de nature à limiter leurs pertes et compte tenu que ces derniers supportent la presque totalité des pertes de créanciers d'entreprises rapportées ci-haut, soit près de quatre milliards de dollars en 1989 seulement, il est raisonnable de supposer qu'avec les années le rôle de grossiste s'est doublé dans certains cas du rôle d'intermédiaire financier[5].

Ces considérations quantitatives sur les différents niveaux auxquels pourraient se situer les gains d'efficacité découlant de la mise en place d'une loi présentant des incitatifs plus efficaces ne nous permettent donc pas de rejeter le bien-fondé d'une réforme de la loi dans ce sens.

6 CONCLUSION

La dernière proposition de réforme de la Loi sur la faillite déposée à la Chambre des communes reprend, quoiqu'avec des objectifs plus limités, les projets antérieurs de réforme. Outre la mise sur pied d'un fonds de protection des salariés, cette récente proposition, qui maintient un droit d'intervention distincte pour les créanciers garantis, préconise une réglementation du comportement de ces créanciers tant au niveau de la liquidation des entreprises qu'au niveau de l'application des procédures de réorganisation. Après l'étude des fondements à l'usage de sûretés, et une réflexion sur les fonctions des différents types de créances et sur le rôle de la loi dans la poursuite d'entreprises, ce rapport en arrive à des conclusions différentes sur les principes et le contenu du projet de réforme qu'il serait opportun de présenter à la Chambre des communes.

Dans le cas particulier des créances d'employés, le rapport préconise des changements marginaux au programme d'assurance-chômage plutôt que la mise sur pied d'un fonds de protection distinct. Cette intervention moins coûteuse aurait en outre l'avantage de ne pas retarder l'ajustement et l'allocation des ressources vers des emplois plus productifs. En ce qui a trait à l'usage de sûretés dans le crédit aux entreprises, le rapport préconise d'y substituer une version modifiée de la règle du « first in first out » et que la loi sur la faillite devienne, en

accord avec son rôle premier, le moyen de recours de tous les créanciers quand leur entreprise devient insolvable. Cette extension de l'application de la loi sur la faillite à l'ensemble de son domaine de juridiction n'impliquerait que des modifications très mineures aux sections actuelles portant sur les infractions typiques à une loi sur la faillite (par exemple paiement préférentiel) et portant sur les procédures de réorganisation.

Les principales modifications à la règle du « first in first out » proposée dans le rapport ont trait aux créances de fournisseurs et aux créances de la Couronne. Les créances de fournisseurs de biens et services ou créances commerciales ne résultent pas d'un geste d'intermédiation financière mais découlent du souci de minimiser les coûts administratifs reliés au commerce et à l'échange. En vue d'éliminer les pertes financières associées à ce type de créances et la duplication de l'activité d'intermédiation financière en résultant dans certains cas, les créances commerciales feraient exception à la règle du « first in first out » et auraient priorité, sous certaines conditions assurant leur nature proprement commerciale. Pour des raisons similaires, les créances de la Couronne feraient aussi exception à cette règle et auraient priorité sur toutes les autres créances dans tous les cas.

NOTES AU CHAPITRE 1

1 Nous utilisons ici la classification de politiques d'ajustement introduites par le Conseil économique du Canada dans son rapport sur l'ajustement (Politiques d'adaptation dans le secteur manufacturier, 1988).

NOTES AU CHAPITRE 2

1 Un des changements apportés par la loi de 1949 est la possibilité pour une personne insolvable de faire une proposition concordataire sans être déclarée en faillite. Les amendements de 1966 ont accordé un plus grand pouvoir au surintendant pour lui permettre d'enquêter sur les faillites « frauduleuses ».

2 Le terme « résolution spéciale » signifie:

Une résolution décidée par une majorité en nombre et une majorité des trois quarts en valeur des créanciers titulaires de réclamations prouvées, présents personnellement ou représentés par fondés de pouvoir à une assemblée des créanciers et votant sur la résolution. (article 2)

Une résolution ordinaire doit être adoptée à la majorité des voix, les votes de chaque créancier étant calculés en fonction de la valeur de sa réclamation (un vote pour une réclamation de 25 $ à 200 $, deux votes pour une réclamation de plus de 200 $ mais n'excédant pas 500 $, trois votes pour une réclamation de plus de 500 $ mais n'excédant pas 1 000 $, et un vote supplémentaire pour chaque mille dollars additionnels ou fraction de mille dollars) (article 115).

3 Les cours suprêmes des provinces ou les institutions analogues sont les tribunaux qui exercent la juridiction de première importance en matière des procédures autorisées par la Loi concernant les faillites (au Québec, il s'agit de la Cour supérieure de la province, tandis qu'au Manitoba et en Saskatchewan, c'est la Cour du Banc de la Reine de la province, etc.) (article 183).

4 Bohemier, A. (1986), page 10. Ainsi, entre autres conséquences, le paragraphe 43(2) indique que lorsqu'un créancier pétitionnaire est un créancier garanti, il doit accepter soit d'abandonner sa garantie, soit d'être considéré comme un créancier non garanti pour le solde non garanti de sa créance.

NOTES AU CHAPITRE 3

1 Débats du Sénat, seconde session 1949, p. 103.

2 Canada, Débats de la Chambre des Communes, Session 1919, Vol.I, 28 mars 1919, p. 968.

3 Débats du Sénat, seconde session 1949, p. 103.

4 Canada, Chambre des Communes, comité permanent de la Banque et du Commerce, 24 novembre 1949, p. 15.

5 Le projet de loi de 1946, si adopté, aurait aussi causé le rappel d'autres lois, par exemple la Loi sur les liquidations (Sénat du Canada, procès-verbaux du comité permanent de la banque et du commerce, 28 mai 1946, p. 1). Dans le cas des projets plus récents, la Loi sur les arrangements entre cultivateurs et créanciers aurait aussi été rappelée et près de vingt autres lois auraient été amendées.

6 Ibid., 20 juin 1946, p. 12.

7 Ibid., 26 juin 1946, p. 22.

8 Mémoire présenté au nom de la Dominion Mortgage and Investment Association au comité permanent de la banque et du commerce (Sénat), procès-verbaux du comité, 20 juin 1946, p. 37.

9 Canada, comité permanent de la banque et du commerce, 26 juin 1946, p. 26.

10 Mémoire déposé par le Board of Trade de Toronto au comité permanent de la banque et du commerce (Sénat), procès-verbaux du comité, 26 juin 1946, p. 46.

11 Pour les fins du sommaire présenté dans ce paragraphe, le rapport auquel la note ci-haut réfère a été cité librement.

NOTES AU CHAPITRE 4

1 Ou, d'un point de vue plus opérationnel, une organisation qui fait place à une multitude de centres de gestion ou entreprises, chacun étant spécialisé dans quelques tâches spécifiques. Par exemple, l'entreprise en services de personnel sera spécialisée en sélection et formation de main d'oeuvre.

2 Le statut d'employé donne droit à d'autres bénéfices pécuniers qui peuvent augmenter le montant des créances salariales. Les propositions contenues dans le rapport récent du Conseil

consultatif sur l'adaptation sont plus généreuses que celles du Ministre de la Consommation et des Corporations puisque les indemnités de départ et autres bénéfices pécuniers aussi bien que les arrérages de salaire pourraient être l'objet d'une seule et même réclamation.

3 Comité permanent de la Chambre des Communes, 28 mai 1984.

4 Par rapport à la situation qu'instituerait la superpriorité, le paragraphe 178(7) de la loi sur les banques est d'application plus limitée. Parmi tous les prêteurs pouvant avoir un statut de créancier garanti, il n'y a que les banques qui y sont assujetties. Par ailleurs, ces dernières peuvent au moyen d'un acte de fiducie jouir de garanties sans être soumis à cette contrainte.

5 J. R. Baldwin et Paul K. Gorecki (1989).

6 Outre le fait que l'employeur est un agent des partenaires et créanciers de l'entreprise, dont les employés, le règlement qui saura faire la part des choses entre les circonstances normales de faillite et la responsabilité de l'agent-employeur n'est pas évident.

7 Rapport du Ministre de la Consommation et des Corporations, p. 3.

8 Le 30 % est la différence entre le 90 % exigible auprès du fonds et le 60 % qui serait versé en prestations d'assurance-chômage. Ce 60 % est un maximum; dans les cas où le salaire de l'employé dépasse le maximum assurable, les prestations seraient inférieures à 60 %, et le supplément offert par le régime de protection serait supérieur à 30 %. Le cas des employés pouvant se retrouver dans l'immédiat un emploi rémunéré à au moins 90 % de leur ancien emploi n'est pas très pertinent à notre analyse puisque, de façon générale, ils n'auront pas intérêt à se prévaloir du régime de protection en demeurant au service d'un employeur incapable de leur verser un salaire.

9 Lire à cet effet, chapitre 8, « L'adaptation dans un monde imparfait » dans Conseil économique du Canada (1988), pp. 121-137.

NOTES AU CHAPITRE 5

1 Le type de support apporté par le législateur à l'émergence de projets commerciaux et d'entreprises de même qu'une certaine terminologie jettent un éclairage sur les particularités de l'entreprise comme lieu d'échange. La société à capital limité constitue un point tournant dans l'histoire du droit.

Cette disposition légale a voulu rendre plus accessible les chartes jusque là accordées par le roi, cas par cas un peu à la manière dont les chartes de ville (un autre lieu d'échanges) l'avaient été. Le terme « business venture » reflète bien ce à quoi cet instrument légal qu'était la charte (et sa version moderne, la société à capital limité) allait être mise à contribution : l'exécution d'un projet nécessitant un certain volume de ressources et dont on ne connaît pas au départ l'aboutissement exact.

La société à capital limité est un instrument légal contribuant à instituer une base d'échange, un milieu d'association et d'échange; les mesures légales de nature à faciliter la pratique de la créance garantie ou quelque chose servant une fonction similaire peuvent se justifier à titre de complément à la société à capital limité, en vue de rendre cette base, ce milieu encore plus riche en possibilités de gains à l'échange. De façon générale, la société à capital limité et les autres mesures légales y étant reliées édictent un certain nombre de règles de conduite qui sont en quelque sorte des substituts aux termes d'association ou prix définitifs non disponibles aux parties prenantes à une entreprise.

2 L'article 178 de la loi sur les banques et les opérations bancaires est une façon pour le législateur de faciliter cette pratique à l'endroit d'une catégorie particulière de créanciers, en l'occurrence les banques.

3 Consommation et Corporations Canada (1988), p. 7.

4 Il a été prouvé que l'endettement particulièrement élevé des petites entreprises était surtout le résultat d'un endettement à très court terme.

5 Une autre façon d'accréditer cette thèse, si l'information nécessaire devenait disponible, serait de comparer des lignes de produits affichant des taux de faillite différents parmi les commerçants de détail et vérifier si l'importance des grossistes dans la distribution de ces lignes de produits varie proportionnellement à ces taux de faillite.

BIBLIOGRAPHIE

Bohémier, A., « Faillite, » *Droit Commercial*, vol.12, Les éditions Yvon Blais Inc., Barreau du Québec, 1986.

Baldwin, J. R. and P. K. Gorecki, *Changements structurels et adaptation - Croissance des entreprises et rotation de la main d'oeuvre*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1990.

Brown, D.J.M., *Final Report of the Commission of Inquiry into Wage Protection in Insolvency Situations*, Submitted to the Minister of Labour, Government of Ontario.

Chabot, M., « La portée limitée des statistiques sur le nombre de faillites commerciales », *Analyse de politiques*, vol. XIII, no. 2, juin 1987, p. 144-151.

———, *Faillite et insolvabilité*, Presses de l'Université du Québec, Sillery, Québec, 1987.

Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité (présidé par Gary F. Colter), *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite*, Consommation et Corporations Canada, Ottawa, 1986.

Conseil consultatif sur l'adaptation, *S'adapter pour gagner*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1989.

Conseil économique du Canada, *Politiques d'adaptation dans le secteur manufacturier*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1988.

———, *Business Bankruptcies in Canada: A survey for the project "Firm adjustment to trade"*, document inédit, Ottawa, 1988.

Committee on Wage Protection in matters of Bankruptcy and Insolvency (présidé par Raymond Landry), *Wage Protection in Matters of Bankruptcy and Insolvency*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1981.

Consommation et Corporations Canada (direction de la révision législative), *Révision proposée à la Loi sur la faillite*, Ottawa, juin 1988.

———, *Document explicatif du projet de loi concernant la faillite et l'insolvabilité*, Ottawa, 1979.

Jackson, T. H., *The Logic and Limits of BANKRUPTCY LAW*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

Lewis, F., ed., *Policy Forum on Reform of the Bankruptcy Act*, Policy Forum Series-7, John Deutsch Institute for the Study of Economic Policy, Queen's University, Kingston, 1985.

Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation (présidé par Roger Tassé), *Bankruptcy and Insolvency*, Ottawa, 1970.

White, M. J., "The Corporate Bankruptcy Decision", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 3, no. 2, printemps 1989, p. 129-151.